

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

*DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE*

*SCUOLA DI DOTTORATO DI
SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE*

*DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE EUROPEE ED INTERNAZIONALI*

CICLO / ANNO: XXXII / 2016

*A CENTRALIZED ADJUDICATOR IN CONSTITUTIONAL ISSUES.
UNA LETTURA CRITICA DEL MODELLO STATUNITENSE
DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE*

S.S.D. IUS/21


Coordinatore: Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Tutor: Prof. Matteo Nicolini

Dottorando: Dott. Enrico Andreoli

Quest'opera è stata rilasciata con licenza Creative Commons Attribuzione – non commerciale
Non opere derivate 3.0 Italia. Per leggere una copia della licenza visita il sito web:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>

-  **Attribuzione.** Devi riconoscere una menzione di paternità adeguata, fornire un link alla licenza e indicare se sono state effettuate delle modifiche. Puoi fare ciò in qualsiasi maniera ragionevole possibile, ma non con modalità tali da suggerire che il licenziante avalli te o il tuo utilizzo del materiale.



Non Commerciale. Non puoi usare il materiale per scopi commerciali.

Non opere derivate. Se remixi, trasformi il materiale o ti basi su di esso, non puoi distribuire il materiale così modificato.

“A centralized adjudicator in constitutional issues.

Una lettura critica del modello statunitense di giustizia costituzionale”

Enrico Andreoli
Tesi di Dottorato
ISBN (da attribuire)

INDICE

INTRODUZIONE	4
--------------	---

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE: UN MODELLO ESEMPLARE ALLA PROVA DELLA COMPARAZIONE

1.	Dal modello esemplare alla de-costruzione a fini classificatori. Proposte per un'indagine sulla giustizia costituzionale statunitense	10
2.	Oltre le costruzioni dell'idealtipo. Il versante interno della comparazione: genesi dell'ordinamento e <i>consent</i> al <i>Judicial Review of Legislation</i>	19
3.	(segue) Il <i>balance</i> di un <i>Common Law</i> 'accentratore': la <i>Supreme Court</i> come organo di garanzia dell'architettura istituzionale federale	30
4.	Il versante esterno della comparazione: antecedenti storici del <i>Judicial Review of Legislation</i> ...	41
5.	(segue) ...e tentativi di imitazione. Circolazione e <i>Legal Transplants</i> 'di sistema' nella giustizia costituzionale	45

CAPITOLO II

ALLA RICERCA DEL CENTRO. I LASCITI DELL' *ADJUDICATION* COLONIALE NEL *DRAFTING* COSTITUZIONALE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

1.	Ripensando la modellistica tradizionale dei sistemi di giustizia costituzionale	55
2.	Precedenti coloniali e origini storiche del <i>Judicial Review of Legislation</i> statunitense	64
3.	(segue) <i>Colonial Judiciary</i> , sovranità popolare e <i>Higher Law</i> . I dettami di Sir Edward Coke negli Stati Uniti rivoluzionari	74
4.	Un (incolpevole) silenzio costituzionale? Il <i>Judicial Review of Legislation</i> , applicazione istituzionale del <i>background</i> culturale	79
5.	«Hanging Marbury»: la (parziale) rilettura del 'mito' delle origini	85
6.	Dalla separazione dei poteri al federalismo: l'applicazione 'a preferenza' della Costituzione a difesa della Nazione	91

CAPITOLO III

LA CORTE SUPREMA E L'ACCENTRAMENTO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE. FEDERALISMO, VOLONTÀ POPOLARE E *CONSTITUTIONAL ADJUDICATIONS*

1. Le dinamiche del federalismo, Costituzione e *Judicial Review of Legislation* 102
2. (segue) *Supreme Court e Federalism Cases* 109
3. «Constitution as ideology, and ideology as Constitution»: la via costituzionale al monopolio interpretativo della *Supreme Court* 117
4. (segue) Il *Judicial Review of Legislation* come meccanismo equilibratore del sistema costituzionale 123
5. *Politics o Policies?* La Corte Suprema come *Constitutionally-oriented Institution* 128
6. (segue) *One Supreme Court* in difesa della Costituzione. L'accentramento genetico della giustizia costituzionale statunitense 135
7. *Substantive Activity in Constitutional Adjudications*: una Corte (Suprema) 'costituzionale'? 140

CAPITOLO IV

LA CORTE SUPREMA E IL SUO PROCESSO. I *PROCEDURAL REMEDIES* PER L'ACCENTRAMENTO DEL CONTROLLO

1. (*Constitutional*) *Stare Decisis*, Corte Suprema e attività interpretativa 146
2. Autorità del precedente e *Limited Overruling*: tra teoria e pratica della giustizia costituzionale statunitense 154
3. Un esempio di accentrimento processuale: *Constitutional Interpretation* e *Constitutional Justiciability* nella *Political Question Doctrine* 159
4. (segue) La *Political Question Doctrine* nelle Corti inferiori: ovvero, un difetto di giurisdizione 'incostituzionale' 170
5. Relazioni tra Corti nel *Judiciary* statunitense: dualismo giurisdizionale... 174
6. (segue) ...e 'certificazione' dell'uniformità costituzionale 178

CAPITOLO V

«LEGAL ENTANGLEMENTS BETWEEN TIME AND SPACE». L'ACCENTRAMENTO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE ATTRAVERSO *IMPERIAL JUDICIARY* E COSTITUZIONALISMO SUDAMERICANO

1. Modelli esemplari, tradizione giuridica e imitazione del modello statunitense: tra circolazione ed elementi di classificazione 185
2. *Common o Supreme Law of the Land?* La costante garanzia di uniformità di un diritto 'sovraordinato' 192

3.	I modelli (esemplari), la storia, le istituzioni: l'attuazione del controllo di costituzionalità in Argentina	199
4.	<i>Corte Suprema de Justicia de la Nación</i> e processo costituzionale: l'imitazione di una Corte accentrata in un sistema a controllo diffuso	207
5.	(segue) <i>The Final Interpreter of the Constitution</i>	211

CONCLUSIONI	215
-------------	-----

BIBLIOGRAFIA	219
--------------	-----

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE	254
-----------------------------	-----

INTRODUZIONE

Al pari di altri ambiti della scienza giuridica, anche il diritto comparato ha una certa ambizione scientifica: dare ordine all'esistente, attraverso la creazione di categorie in grado di restituire somiglianze e differenze tra gli oggetti sottoposti ad osservazione.

Classificare istituti, famiglie giuridiche e – più in generale – organizzare *modelli e sistemi*, serve anzitutto per una finalità didattico-esplicativa, ossia per consentire una migliore comprensione (e spiegazione) delle possibili relazioni tra ciò che viene raffrontato e comparato.

Tale operazione, però, necessita di alcune valutazioni preliminari, le quali muovono dall'identificazione di ciò che è ritenuto essenziale (diremo, *determinante*) al fine di posizionare un oggetto – famiglia giuridica o istituto che sia – in un determinato insieme. In tal senso, ad esempio, una forma di Stato potrà classificarsi più o meno democratica a seconda dell'*elemento determinante* attribuito al riconoscimento di diritti e libertà alla popolazione; un ordinamento potrà classificarsi più o meno unitario a seconda dell'*elemento determinante* attribuito al livello di decentramento territoriale¹. Dunque, la classificazione denota una certa discrezionalità, posto che gli oggetti osservati vengono spesso ordinati (anche) in virtù delle finalità proprie della ricerca in essere.

In ogni caso, quel che occorre evitare è l'errore concettuale di considerare l'attività classificatoria come immutabile. In primo luogo, perché le stesse categorie tassonomiche possono cambiare nel corso del tempo. In secondo luogo, perché la classificazione, talvolta, sembra riflettere il 'dover essere giuridico', perdendo di vista il concreto atteggiarsi del particolare oggetto d'indagine.

Una tendenza in tal senso sembra potersi ravvisare nella descrizione dei sistemi di giustizia costituzionale, e in particolare nella rappresentazione di

¹ L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, BUP, Bologna, 2014, p. 150.

quello che è assunto a *modello esemplare* di classificazione: il *judicial review of legislation* statunitense.

Se il *modello* rappresenta «le caratteristiche astratte che marcano un certo modo di praticare la giustizia costituzionale, in relazione a una certa caratteristica ...»², il *modello esemplare* è invece ciò che assurge a ‘idealtipo’, ossia il prototipo classificatorio che reca in sé alcune caratteristiche tassonomiche ‘ideali’.

In questo senso, il *judicial review of legislation* statunitense viene tradizionalmente identificato dalla dottrina come il *modello esemplare* per la classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale a scrutinio diffuso, nei quali ogni giudice dell’ordinamento ha la competenza a pronunciarsi sulla (in)costituzionalità di un atto legislativo.

La *United States Supreme Court*, infatti, si colloca al vertice di un ordinamento che ha fatto del carattere diffuso del controllo di costituzionalità una delle proprie peculiarità: nell’esercizio delle funzioni giudicanti, viene astrattamente garantita a ogni Corte la possibilità di sindacare la conformità delle leggi alla Costituzione applicando quest’ultima ‘a preferenza’ della fonte ordinaria, nel caso di loro discordanza (*rectius*, disapplicando la seconda perché in contrasto con la prima).

Nella comparazione giuridica, tuttavia, ciò che può apparire ‘statico’ nella teoria – *law in books* – diviene spesso ‘dinamico’ nella pratica – *law in action*. È per questo che si rende concretamente possibile la ‘decostruzione’ della modellistica tradizionale.

Posto che la *mainstream narrative* identifica nella diffusione del controllo l’*elemento determinante* per la classificazione del modello statunitense di giustizia costituzionale, può risultare utile interrogarsi in merito all’effettiva portata di tale conclusione. In altre parole, sembra opportuno indagare se la diffusione del controllo sia effettivamente quella «caratteristica astratta che marca il modo di praticare la giustizia costituzionale negli Stati Uniti d’America».

² L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 9.

Dalla prospettiva di un osservatore esterno, la richiamata operazione di ‘decostruzione’ non si può limitare a una mera ricognizione normativa del diritto straniero, pena la tendenziale riconduzione del sistema di giustizia costituzionale statunitense alle categorie classificatorie tradizionali.

Per quanto possibile, è necessario adottare un *internal point of view*, prendendosi (anche) a riferimento quelle variabili – storiche, culturali, sociali, politiche – in grado di influenzare la resa e la comprensione del dato giuridico³.

Adottando tale prospettiva, anzitutto, è possibile offrire una rilettura dello stesso ‘mito’ delle origini della giustizia costituzionale statunitense, unanimemente posto nella decisione della *Supreme Court* resa sul caso *Marbury v. Madison*⁴.

In primo luogo, tale decisione, ad attenta analisi, appare ricognitiva di alcuni principi – in particolare, l’esistenza di un *Higher Law* in grado di conformare l’intero ordinamento giuridico e da applicarsi quale *lex superior* – già affermati in precedenti manifestazioni giuridiche. Non soltanto dalla stessa *Supreme Court*, ma anche dai *Framers* della Costituzione; nonché, addirittura, presenti nell’evoluzione (pre-costituzionale) della giurisprudenza del *Judicial Committee of the Privy Council* britannico.

In secondo luogo, il ‘sezionamento’ che del caso *Marbury* è stato fatto dalla dottrina non è ridotto a un’operazione atomistica. Va rilevato, infatti, che l’analisi (della genesi) della giustizia costituzionale statunitense non può limitarsi all’affermazione di *Chief Justice* Marshall in merito al fatto che «[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is», e che la Costituzione viene adottata ‘a preferenza’ in quanto «[i]f two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each».

Così facendo, non si andrebbero a considerare i molteplici fattori istituzionali (le istanze del federalismo e il principio di separazione dei poteri) e processuali (la competenza a decidere *political questions* e l’autorità del

³ A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 18-39.

⁴ Supreme Court of the United States, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

precedente costituzionale) che si pongono quali necessari corollari del ragionamento effettuato all'interno del 'mito' delle origini.

La necessità di svincolare la classificazione tradizionale dalla 'staticità' di una *decisione esemplare* si sviluppa attraverso tre dimensioni.

La prima è rappresentata dalla destrutturazione del *modello esemplare*, ricercando il corretto posizionamento della *Supreme Court* all'interno dell'ordinamento costituzionale statunitense. Nella ricerca, cioè, di quali siano le caratteristiche 'istituzionali' che possono deporre nel senso dell'accentramento del *judicial review of legislation*.

È utile interrogarsi, ad esempio, in merito al rapporto genetico tra *Supreme Court* e garanzia del livello di governo federale, dove la Corte – mediante l'attribuzione a essa di *Original Jurisdiction* per tutte le controversie «in which a State shall be Party»⁵ – appariva originariamente come l'unico argine possibile (verrebbe da dire, 'costituzionale') a una rivolta degli Stati membri nei confronti del *Federal Government*.

Meritano poi attenzione i rapporti tra le diverse (legittime e possibili) interpretazioni della Costituzione rese dai molteplici attori istituzionali, per capire quale significato assume l'affermazione secondo cui «the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this court and the country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system»⁶.

Ancora, andrà valutata l'influenza della *Supreme Court* come *political institution*, e se vi sia spazio per l'idea di una Corte in grado di sostituirsi agli organi rappresentativi nella creazione di *politics* costituzionali.

La seconda dimensione attraverso cui si tenterà di destrutturare il *modello esemplare* è rappresentata dall'aspetto processuale. In tal modo, si tenterà di valutare *funditus* la *substantive activity in constitutional adjudications*, per dimostrare che molti strumenti di 'procedura costituzionale', negli Stati Uniti d'America, depongono nel senso di una precisa logica di accentramento del controllo in capo alla *Supreme Court*.

⁵ Cfr. art. III, *section 2*, U.S. Constitution.

⁶ Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

Questa logica accentrata può essere vista, anzitutto, nel grado di vincolatività del precedente (costituzionale) reso dalla Corte, tale per cui l'efficacia di una possibile declaratoria di incostituzionalità si estende – con effetti *erga omnes*, al pari delle decisioni delle Corti costituzionali 'kelseniane' – all'intero ordinamento.

Depone nel senso dell'accentramento del *judicial review of legislation*, altresì, il meccanismo della *certification of (questions of) law*, dove la *Supreme Court* si erge ad effettivo interprete costituzionale originario e 'accentrato', cui le diverse Corti del *judiciary* statunitense possono rivolgersi per un'armonica (*rectius*, costituzionalmente legittima) interpretazione del diritto federale e statale.

La terza e ultima dimensione utile per affrontare il tentativo di destrutturazione della *mainstream narrative*, infine, prende come riferimento le possibili 'relazioni esterne' della giustizia costituzionale statunitense, e richiama necessariamente le problematiche connesse alla circolazione e all'idea di 'movimento' degli istituti giuridici.

Più precisamente, si andrà ad analizzare se il *judicial review of legislation* possa essere debitore di alcune precedenti esperienze giuridiche nelle quali si ravvisi la medesima logica di accentramento del controllo (giudiziario); parimenti, se la sua applicazione in *sistemi* diversi restituisca la coerenza con le caratteristiche proprie del *modello esemplare* – tra le quali, su tutte, la diffusione dello scrutinio di costituzionalità.

Il primo degli aspetti richiamati si confronta necessariamente con la tradizione giuridica inglese di *common law*, anch'essa ancorata, come già accennato, alla rilevanza accordata a un *Higher Law* 'costituzionale'. In particolare, viene in considerazione il peculiare dualismo istituzionale esistente all'interno del *Commonwealth*, in grado, come si vedrà, di avere un effettivo impatto anche sulle dinamiche decisionali 'centro-periferia' del potere giudiziario.

Il secondo aspetto, invece, fa riferimento a quel particolare caso di imitazione dell'ordinamento costituzionale statunitense rappresentato dall'Argentina, in cui la recezione del *judicial review of legislation* – parte di un tutto

rappresentato da un'imitazione 'di sistema' dell'intera Costituzione – è un caso evidente di imitazione c.d. per prestigio. In questo caso, la pratica (*rectius*, il *modello imitatore*) restituirà un *sistema* in cui l'*elemento determinante* preso a riferimento dal *modello esemplare imitato* non sembra essere la diffusione del controllo, bensì l'accentramento delle questioni di costituzionalità in capo alla *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, anch'essa Corte di vertice in un ordinamento federale.

Alla luce di tutte queste considerazioni, si può parlare di un'ipotesi di 'destrutturazione' della classificazione tradizionale del *judicial review of legislation*. Se l'impronta sistemica diffusa è certamente un dato effettivo nell'ordinamento costituzionale statunitense, l'analisi del funzionamento concreto del *modello esemplare* restituisce, tuttavia, un chiaro accentramento del controllo delle *constitutional issues* in capo alla *Supreme Court*.

Metodologicamente – verrebbe da dire – l'elemento della diffusione è sì una caratteristica «che marca il modo di praticare la giustizia costituzionale negli Stati Uniti d'America», ma non risulta l'*elemento determinante* in grado di conformare il prototipo per finalità classificatorie.

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE: UN MODELLO ESEMPLARE ALLA PROVA DELLA COMPARAZIONE

SOMMARIO:

1. Dal modello esemplare alla de-costruzione a fini classificatori. Proposte per un'indagine sulla giustizia costituzionale statunitense. – 2. Oltre le costruzioni dell'idealtipo. Il versante interno della comparazione: genesi dell'ordinamento e *consent* al *Judicial Review of Legislation*. – 3. (segue) Il *balance* di un *Common Law* 'accentratore': la *Supreme Court* come organo di garanzia dell'architettura istituzionale federale. – 4. Il versante esterno della comparazione: antecedenti storici del *Judicial Review of Legislation*... – 5. (segue) ...e tentativi di imitazione. Circolazione e *Legal Transplants* 'di sistema' nella giustizia costituzionale.

1. DAL MODELLO ESEMPLARE ALLA DE-COSTRUZIONE A FINI CLASSIFICATORI. PROPOSTE PER UN'INDAGINE SULLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE

Fra gli argomenti oggetto d'indagine comparativa relativa agli ordinamenti costituzionali contemporanei, un posto di rilievo è certamente occupato dalla tendenza all'universalizzazione della giustizia costituzionale.

Tale fenomeno di universalizzazione, che si suole riconnettere ai processi di globalizzazione del diritto⁷, può essere considerato, in prima

⁷ «All legal systems are crosses»: così E. ÖRÜCÜ, *Convergence and Divergence: Theroretical Issues*, in M. ANTOKOLSKAIA (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 38. Sulla globalizzazione del diritto in generale, si possono leggere, tra gli altri, P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro Italiano*, V, 123, 2002, p. 151 ss.; S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; H. MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 579 ss.; W. TWININGS, *Globalisation and Comparative Law*, in *Maastricht journal of european*

approssimazione, come esito del progressivo avvicinamento dei differenti modelli tradizionali di classificazione⁸. A tale riguardo, trova sempre più spazio nell'indagine comparativa l'analisi delle reciproche interazioni fra gli ordinamenti, ivi compresi quelli non appartenenti alla c.d. *Western legal tradition*⁹.

All'interno della più ampia tematica dell'universalizzazione degli istituti di giustizia costituzionale, la dottrina ha avuto modo di ritagliarne una ulteriore, concernente la tenuta delle categorie tradizionali applicate alla stessa giustizia costituzionale comparata.

Nello specifico, si discute circa la – presunta – perdita di remunerazione euristica della dicotomia tradizionale, che oppone il modello kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), da un lato, e quello statunitense (*Judicial*

and comparative law, 2, 1999, p. 239 ss.; C.A. ESPINO, *El Estado constitucional y su soberanía en un mundo globalizado*, in AA.VV., *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, I, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional et al., Lima, 2009, p. 713 ss.); J. HUSA, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018. Sulla circolazione del diritto attraverso l'attività giurisprudenziale, cfr. W. TWININGS, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed., 2018, p. 251 ss. Utilizza un'impostazione 'costruttiva' M. SIEMS, *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2018, p. 36: «Legal universalism may be regarded as a problem for comparative law since complete uniformity would make comparisons obsolete. Yet, in reality, if one goes beyond an extreme naturalist conception of the law, it is clear that legal rules are not completely uniform across the world».

⁸ Con riferimento specifico alla giustizia costituzionale, cfr. in particolare M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, in *California Law Review*, 58, 1970, p. 1019; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, in S. BAGNI (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, BUP, Bologna, 2013, p. 47 ss.; S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in M. NICOLINI, S. BAGNI (cur.), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, I, Giappichelli, Torino, 2016, p. 84 ss.

⁹ V. ex multis C.H.J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, e M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.

Review of Legislation), dall'altro; e tale perdita di remunerazione sembrerebbe favorire una loro reciproca ibridazione¹⁰.

Sotto questo profilo, non è certo nuova la tesi che evidenzia come la dicotomia dei modelli – se interpretata in senso rigido – ne semplifichi eccessivamente la resa istituzionale, accentuando la dissociazione tra *law in books* e *law in action*.

Ciò ha portato all'emersione di nuove tipologie tassonomiche in grado di spiegare i sistemi di giustizia costituzionale, le quali appaiono maggiormente aderenti alle conseguenze causate dalla *circolazione* degli istituti giuridici¹¹.

Sul presupposto della loro convergenza, i due principali modelli di giustizia costituzionale sono stati sottoposti ad attenta rivisitazione; e tale rivisitazione

¹⁰ Quanto alla dialettica, di tipo binario, tra i due modelli, v. già P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950. Sul supposto superamento della contrapposizione tra «modello europeo» e «modello americano» di giustizia costituzionale, v. principalmente G. TUSSEAU, *Contre les «modèles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, BUP, Bologna, 2009. L'A. ritorna su tali concetti anche in uno scritto successivo, per evidenziare come «[...] a dispetto delle sue pretese scientifiche, la contrapposizione tra modello europeo e modello americano non permette di rendere in conto in maniera soddisfacente nemmeno del suo proprio oggetto. Della giustizia costituzionale, così come implementata nel diritto positivo dei diversi Stati, non ne dà né una presentazione né una spiegazione convincente, tanto da dimostrarsi erronea sul piano empirico [...]»: cfr. ID., *Oltre i «modelli» di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, in S. BAGNI (cur.), *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 24. V. altresì A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 1982, p. 521 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 66 ss.; L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, CEDAM, Padova, 2009, p. 79 ss.

¹¹ Sulla circolazione dei modelli, v. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, 1993; L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., pp. 164-183; M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., p. 19 ss. Con riferimento all'avvicinamento dei modelli tradizionali di giustizia costituzionale, si può leggere M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, cit., pp. 1050-1051.

è avvenuta soprattutto con riferimento alle caratteristiche che, nelle trattazioni tradizionali, li elevano a modelli *esemplari* di classificazione¹². Fra queste, vi sono la struttura dell'organo legittimato a esercitare lo scrutinio di costituzionalità (modello *accentrato* o modello *diffuso*); la natura del controllo (*astratto* o *concreto*); l'estensione degli effetti delle sentenze di accoglimento (*erga omnes* o *inter partes*)¹³.

Si tratta di tassonomie dicotomiche costruite su categorie formali e astratte e che, per tale motivo, non sono in grado di riflettere il dato reale, articolandosi spesso quest'ultimo in una generalità di manifestazioni giuridiche resistenti a (se non spesso contrastanti con) 'gabbie' teorico-classificatorie rigidamente predeterminate.

Se una certa qual tendenza a 'universalizzare' la giustizia costituzionale, dunque, gode di ampio credito in dottrina, va segnalato come, nella comparazione giuridica, l'emersione dei modelli classificatori deve fondarsi su presupposti che non possono limitarsi al trattamento per astrazione del dato giuridico empiricamente verificabile. A quest'ultimo, infatti, devono sempre essere affiancati anche i criteri distintivi di carattere storico, politico e culturale che, in un determinato ordinamento, sono le variabili di contesto entro cui si deve muovere nel classificare, ordinandoli, i dati reali.

Di 'modello', in altre parole, sembra potersi parlare solamente nel rapporto di stretta e necessaria interazione fra tutti i caratteri propri della *famiglia*

¹² *Ex multis* L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., p. 164 ss. Cfr. altresì G. TUSSEAU, voce *Classificazioni*, in L. PEGORARO (cur.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, pp. 41-42.

¹³ Con riferimento ai macro-modelli (*Verfassungsgerichtsbarkeit* e *Judicial Review of Legislation*) delinati dalla classificazione tradizionale nel controllo di costituzionalità di tipo giurisdizionale, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, VIII ed., CEDAM, Padova, 2011, p. 301 ss.; A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 972 ss.

*giuridica*¹⁴ – qui intesa secondo una classificazione non assoluta, ma come *tradizione giuridica*¹⁵ –, all'interno della quale esso viene costruito.

Solo così si evita di separare, in sede di identificazione di un modello esemplare, il modello *ideale* da quello *storico-dinamico*: il primo è rispondente ad un 'dover essere' oramai irrigidito nelle maglie delle classificazioni tradizionali astratte e formali; il secondo è quello concretamente rispondente alla realtà giuridica.

Lo scostamento tra questi due modelli è spesso causato dalla circostanza che, nell'ambito delle scienze giuridiche, la modellistica reca in sé un giudizio di valore implicito rispetto ciò che si intende sottoporre a indagine

¹⁴ Il concetto di «famiglia giuridica», uno dei principali nella scienza giuridica comparata, è stato formulato in virtù dell'esigenza di ordinare la pluralità di esperienze giuridiche esistenti attraverso una tassonomia formulata per criteri di somiglianza. Va osservato che tale concetto risulta ampiamente differenziato a seconda del periodo storico di riferimento: per avere contezza della sua evoluzione storica, si possono vedere i contributi succedutisi nel tempo di A. ESMEIN, *Le droit comparé et l'enseignement du Droit*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 17, 1893, p. 145 ss.; G. SAUSER-HALL, *Fonction et méthode du droit comparé: Leçon inaugurale, 23 octobre 1912*, Imprimerie Albert Kundig, Genève, 1913; H. LÉVI-ULLMANN, *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, in AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*, I, LGDJ, Paris, 1922, p. 81 ss.; P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, LGDJ, Paris, 1950-1952, p. 49 ss.; A. MALMSTRÖM, *The System of Legal Systems*, in *Scandinavian Study in Law*, 13, 1969, p. 127 ss.; J.L. CONSTANTINESCO, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, R. FAVALE (cur.), *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 223 ss.; U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 79 ss.; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002; H.P. GLENN, *Comparative legal families and comparative legal traditions*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 421 ss.

¹⁵ Intesa, cioè, come cerniera tra diritti: cfr. H.P. GLENN, *Comparative legal families and comparative legal traditions*, cit., e A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 81-86.

comparativa¹⁶. Tale giudizio è espressione dell'ideologia dell'interprete, la quale viene sovvertita e 'smascherata' dalla comparazione.

Si svela così l'operazione, a sua volta culturale, della costruzione ideologica dei modelli e di come si utilizzino le griglie concettuali classificatorie¹⁷. L'operazione è ideologica perché dota un determinato ordinamento¹⁸ di quelle caratteristiche che lo rendono (*rectius*, inducono a intenderlo come) un *idealtipo* per tutto ciò che ad esso si raffronta¹⁹.

Con riferimento alla giustizia costituzionale, le operazioni – ideologiche e culturali – risultano evidenti nella costruzione dei modelli tradizionali di

¹⁶ Ciò è conseguenza dell'applicazione del pensiero «convenzionalista» alla scienza giuridica, cfr. G. TUSSEAU, *Oltre i «modelli» di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, cit., p. 25 ss. Tale pensiero concepisce una teoria scientifica quale mero strumento a disposizione del ricercatore in un'ottica fortemente influenzata da preconetti storici, culturali, linguistici ed economici, privando quindi l'osservazione dei connotati di neutralità e universalità. Sul tema v. anche G. FOUREZ, *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4th ed., De Boeck Université, Bruxelles, 2002, p. 29 ss.; J. DEWEY, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action. Gifford Lectures 1929*, Minton, Balch & Company, New York, 1929, p. 170 ss.

¹⁷ Sull'idea di «diritto comparato» quale disciplina in grado di descrivere le strutture di un ordinamento mediante l'ausilio di concetti generali, v. O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *RIDC*, 53, 2001, p. 275 ss. Si può leggere in tema, altresì, J. BENTHAM, *Fragments on Universal Grammar*, in J. BOWRING (ed.), *The Work of Jeremy Bentham*, W. Tait, Edinburgh, 1838-1843, p. 356 ss.

¹⁸ O anche solo il determinato istituto giuridico, se in ottica *micro-comparativa*: cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., pp. 137-138. Sul tema si possono leggere anche J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, pp. 100-104; B. JALUZOT, *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1, 2005, p. 46; J.H. WIGMORE, *A Panorama of the World Legal Systems*, III, West Publishing, Saint Paul, 1928, p. 1120 ss.

¹⁹ La nozione di idealtipo deriva dalla costruzione filosofica weberiana: cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th ed., Mohr, Tübingen, 1972, 9 ss. Nella dottrina contemporanea, v. P. PASQUINO, *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, p. 359 ss.; L. PEGORARO, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, in *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional. Proceso y Constitución*, 2, 2004, p. 131 ss.

classificazione, creati a seconda dell'elemento *assoluto* (*rectius*, assolutizzato) che si ritiene volta per volta rispondente allo scopo della comparazione in atto, mostrando un uso disinvolto del concetto di modello pertinente²⁰.

L'esempio che già s'è ricordato è il modello esemplare che verte sulla contrapposizione tra l'idealtipo kelseniano di controllo accentrato, da un lato, e quello statunitense di controllo diffuso, dall'altro.

Se l'utilità scientifico-didattica di tale dicotomia classificatoria non va certamente posta in discussione, va tuttavia osservato che, anche nella scienza giuridica, *il metodo si fa merito*: qualsiasi strumento utilizzato come base descrittiva della ricerca comparata risulta in grado di influenzare profondamente la ricerca stessa, perché il metodo classificatorio, in quanto giuridico, implica l'utilizzo di un linguaggio prescrittivo.

Ad esempio,

«se [...] diciamo, all'interno di uno qualunque dei formanti giuridici utilizzati, che la Corte Suprema americana è una Corte costituzionale, siamo portati a riconoscere o ad attribuire all'organo, al suo ruolo e alla sua giurisprudenza determinate caratteristiche, in quanto quel significante designa il significato che noi abbiamo in mente, e non qualcosa di reale»²¹.

Ne deriva che la stessa attività classificatoria è fortemente influenzata dal punto di osservazione del dato giuridico reale adottato dal ricercatore:

²⁰ Con riferimento al concetto di «elementi pertinenti» di classificazione, cfr. G. TUSSEAU, *Oltre i «modelli» di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, cit., pp. 32-34. In argomento, v. anche L. PEGORARO, *Elementi determinanti ed elementi fungibili nella costruzione di modelli di giustizia costituzionale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (cur.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 273 ss.; H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales*, in *Revista de derecho (Valdivia)*, 14, 2003, p. 43 ss.

²¹ S. BAGNI, *Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive*, in S. BAGNI (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, cit., p. 16.

«la scelta [...] degli elementi da inserire nelle griglie influenzerà l'esito della classificazione, avvicinandosi presumibilmente a ciò che lo studioso ha in mente, più che a una riproduzione 'obiettiva' della realtà»²².

Forse, il punto di rottura nella 'costruzione per modelli' sta in ciò: analizzando il fondamento della bipartizione fra i modelli esemplari della giustizia costituzionale, la comparazione mira non tanto a disarticolare l'assetto binario, quanto a individuare come si sia generata la *prescrittività* dello stesso, così come delle sue tassonomie e del suo linguaggio classificatorio.

Ciò è particolarmente evidente nel modello esemplare statunitense. Utilizzando quale criterio pertinente di classificazione dei modelli di giustizia costituzionale la titolarità del controllo, la classificazione tradizionale ricava l'opposizione binaria tra modello (statunitense) diffuso e modello (kelseniano) accentrato dal fatto che un ordinamento abiliti rispettivamente tutti i giudici, oppure un giudice *ad hoc* solitamente a tale scopo istituito, allo scrutinio delle questioni di costituzionalità.

Di conseguenza, laddove si volesse considerare come elemento pertinente di classificazione la titolarità dello scrutinio, l'opera classificatoria di sistemi terzi sarà sempre mediata dal raffronto con i modelli esemplari, strutturati come idealtipi²³. Nella comparazione giuridica, un modello considerato 'esemplare' è ciò che assurge a metro di comparazione, e la sua identificazione lo converte in un assoluto/universale²⁴ che, ai fini pratici, rappresenta il *tertium comparationis*, ossia «il modello di riferimento nel giudizio comparativo»²⁵. Il raffronto tra istituti od ordinamenti giuridici, di

²² *Ibidem*.

²³ Cfr. nt. 19.

²⁴ H. MIUR WATT, *La Function Subversive du Droit Comparé*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, p. 503 ss.

²⁵ L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., p. 140. L'A. riprende e amplia la costruzione metodologica operata da J.L. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, 2, *La Méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974, p. 34 ss. Altresì, v. L.

conseguenza, muoverà dalla valutazione di eventuali corrispondenze o scostamenti rispetto al modello (esemplare) assunto come fondamento logico-giuridico²⁶.

Seppur volto a verificare la rispondenza (totale o parziale) del *comparandum* al *comparatum* e alla conseguente opera di sintesi logica della realtà, tale *modus operandi* sembra scontare il limite seguente: esso considera un modello esemplare unicamente alla stregua di «tipo ideale o ideale giuridico»²⁷. Il *tertium comparationis*, per tale via, diviene un concetto statico e, per l'appunto, assoluto.

Nell'indagine sull'applicazione del metodo comparato allo studio della classificazione della giustizia costituzionale sembra allora doversi procedere attraverso l'utilizzo di una prospettiva 'dinamica' dei modelli e dei sistemi di giustizia costituzionale²⁸. Rispetto alla statica dei modelli, la logica dinamica, infatti, consente di uscire dai limiti propri del pensiero binario²⁹, evitando di

PEGORARO, A. RINELLA, *Introducción al derecho público comparado*, Palestra, Lima, 2006, p. 60 ss.

²⁶ «To compare means to observe and to explain similarities as well as differences»: così R.B. SCHLESINGER, *The Past and Future of Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, p. 477. Altresì, v. J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., p. 60; N. JANSEN, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 305 ss.

²⁷ Nell'ambito della ricerca comparata, un modello può essere inteso come *rechtstypus* (tipo giuridico), oppure come *rechtsideal* (ideale giuridico): nel primo caso, esso verrà individuato portando alla luce i tratti comuni di una pluralità di ordinamenti; nel secondo caso, risponderà più che altro a degli archetipi ideali. Sul punto, cfr. *funditus* L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., p. 141 e *ivi* nt. 193.

²⁸ L. PEGORARO, *La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIBJC)*, 6, 2002, p. 393 ss.; S. BAGNI, *Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive*, cit., pp. 16-21; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 109 ss.

²⁹ Con riferimento allo studio di tali concetti applicati alle *tradizioni giuridiche*, v. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, IV ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 575 (orig. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4th ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2010).

considerare come immutabile un concetto teorico che potrebbe risultare congiunturale, parziale o decontestualizzato.

2. OLTRE LE COSTRUZIONI DELL'IDEALTIPO. IL VERSANTE INTERNO DELLA COMPARAZIONE: GENESI DELL'ORDINAMENTO E *CONSENT AL JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION*

È nell'ambito delle problematiche esaminate nel paragrafo precedente che si danno le difficoltà teoriche dell'inquadramento tradizionale del sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America.

Sul piano istituzionale sono diversi i tratti distintivi del modello statunitense tali da farne uno dei modelli esemplari, soprattutto fra gli ordinamenti di *common law*³⁰. Fra questi, può annoverarsi l'organizzazione del sistema giudiziario federale, al vertice del quale campeggia – anche per quanto riguarda il controllo di costituzionalità delle leggi – la *Supreme Court*³¹.

Benché formulato in forma ellittica, il concetto di *judicial review of legislation* era certamente noto e diffuso tra i *founding fathers* sin dalla *Convention* di Philadelphia³². Come è stato efficacemente evidenziato,

³⁰ S.A. RIESENFELD, J.H. HAZARD, *Federal Courts in Foreign Systems*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Durham, 1948, p. 29 ss.; C.A. WRIGHT, M. KANE, *Law of Federal Courts*, West Academy Publishing, Saint Paul, 2011, p. 373 ss. Per una visione d'insieme su *common law*, Inghilterra, India, Australia e Nuova Zelanda, v. L. PASSANANTE, L. ACQUARONE, F. ANNUNZIATA, *Sistemi giuridici nel mondo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 131 ss.

³¹ S.L. WASBY, *The Supreme Court in the Federal Judiciary System*, Nelson-Hall, Chicago, 1993, p. 38 ss.; R.G. MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago University Press, Chicago, 2010, p. 82 ss.; R.L. PACELLE JR., *The Supreme Court in a separation of powers system: the Nation's balance wheel*, Routledge, New York-London, 2015, p. 210 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 117 ss.

³² V. sul tema E.S. CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review. Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Princeton University Press, Princeton, 1914, p. 2 ss.; C.L. BLACK JR., *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, McMillan, New York, 1977, p. 34 ss.; J.H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional*

«l'idea che quelli giurisdizionali potessero essere organi di controllo della costituzionalità delle leggi faceva parte del loro patrimonio culturale e politico»³³.

Nella Costituzione statunitense del 1787 nulla venne però espressamente previsto in punto di sindacato di costituzionalità³⁴, essendo questo principio derivabile dalla gerarchia tra le fonti legali e dei rispettivi organi di legittimazione – con al vertice, per l'appunto, la Costituzione³⁵ – e riconoscendosi l'esercizio della funzione giudiziaria federale in capo alla *Supreme Court* e alle altre Corti inferiori identificate dal Congresso.

In riferimento alla competenza decisionale in capo alla *Supreme Court*, inoltre, l'art. III Cost. U.S.A. ha scandito la suddivisione tra *original jurisdiction* e *appellate jurisdiction*³⁶.

Per quanto riguarda la prima, è ben noto che la *Supreme Court* giudica in primo e unico grado sulle controversie tassativamente indicate nello stesso art. III: «In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party». La seconda, invece,

Reconsideration of the Role of Court in American Life, Chicago University Press, Chicago, 1980, Cap. I.

³³ L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 47. V. altresì ID., *Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 18, 2015.

³⁴ V. B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 69 ss. e 125 ss.

³⁵ Si fa riferimento alla c.d. *supremacy clause* di cui all'art. VI, *section 2*, della Costituzione: «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land». Cfr. anche C.R. DRAHOZAL, *The supremacy clause: a reference guide to the United States constitution*, Westport, London, 2004.

³⁶ Per un'analisi delle problematiche procedurali, v. F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla corte suprema: principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 327 ss.; K. JOST, *The Supreme Court: A to Z*, SAGE, Los Angeles, 2012, pp. 275-276. Cfr. altresì C.L. FOUNTAINE, *Article III and the adequate and independent state grounds doctrine*, in *American University Law Review*, 48, 1999, p. 1053 ss.

riguarda quei casi in cui la Corte si pronuncia sui ricorsi che provengono dalle Corti distrettuali e dalle Corti di circuito dell'ordinamento giudiziario statunitense³⁷, attraverso tre diversi riti: in via d'appello, tramite *writ of certiorari*, tramite *certification of questions*³⁸.

Secondo l'impostazione tradizionale – una vera *mainstream narrative* – il carattere diffuso della giustizia costituzionale statunitense sembra dunque radicarsi nella genesi storica del meccanismo di *judicial review of legislation*³⁹.

Argomentando in base alla nota sentenza *Marbury v. Madison*⁴⁰, infatti, non può certamente ignorarsi come il controllo di costituzionalità delle leggi, nel

³⁷ Il *Supreme Court Case Selections Act* del 1988 ha però espressamente abrogato il *writ of appeal*, in modo tale che alla Corte Suprema residua ora una certa discrezionalità nell'esaminare o meno l'appello su di una certa controversia. L'unico metodo 'certo' per accedervi rimane dunque la procedura del *writ of certiorari*. Con la procedura di *certification*, invece, una Corte inferiore può chiedere alla *Supreme Court* di rispondere a una *question of law* la cui risoluzione è implicata nel caso concreto che essa sta trattando: va specificato che anche in questo caso residua un'ampia discrezionalità in capo alla Corte di vertice dell'ordinamento federale, la quale può rispondere al quesito astratto, oppure decidere di avocare a sé il caso.

³⁸ V. A. SPERTI, *Corti supreme e conflitti tra poteri: spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁹ *Ex multis*, v. H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journal of Politics*, 1942, p. 189 ss. e M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 51.

⁴⁰ Supreme Court of the United States, *Marbury v. Madison*, cit. (1803). In prospettiva storica, v. G. GENTILI, "Sulla strada per *Marbury*": il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di *Marbury v. Madison*, in R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI, *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Esi, Napoli, 2012, p. 21 ss. Si segnala, in limine, una considerazione provocatoria di S. CASSESE, in *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 56: «*Marbury* aveva ragione, quindi la Corte ha deciso sul merito. Ma essa non poteva pronunciarsi per difetto di giurisdizione. La questione sarebbe considerata inammissibile, senza entrare nel merito? In tal caso, le ragioni di *Marbury* non sarebbero analizzate».

sistema giudiziario statunitense, nasce come «un corollario del giudice di decidere un caso»⁴¹. Il funzionamento delle questioni di costituzionalità, di conseguenza, opera nel senso di consentire al singolo giudice – qualora ritenga fondata la questione⁴² – di applicare la Costituzione ‘a preferenza’ rispetto alla legge ordinaria⁴³.

Il precedente così formatosi si salda con il dato della famiglia giuridica e vincolerà in misura più o meno intensa i giudici gerarchicamente inferiori e, allorché sia pronunciato dal giudice in grado più elevato all’interno dell’ordinamento – la *Supreme Court* –, quelli inferiori saranno successivamente tenuti anch’essi a disapplicare (*rectius*, ad applicare la Costituzione a preferenza) la normativa già ritenuta incostituzionale⁴⁴.

⁴¹ A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 671; U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 95.

⁴² Per l’esercizio del controllo di costituzionalità, la causa deve essere *ripe for judgement* (matura per il giudizio), non deve essere *moot* (effimera) ed infine la parte proponente deve avere *standing to sue* (espressione che ricomprende tanto la legittimazione, quanto l’interesse ad agire); inoltre, affinché la Corte Suprema arrivi a decidere il caso, l’incostituzionalità deve essere tale al di là di ogni ragionevole dubbio e la declaratoria deve essere necessaria per la decisione della controversia. In dottrina, v. J. VINING, *Direct Judicial Review and the Doctrine of Ripeness in Administrative Law*, in *Michigan Law Review*, 1971, p. 1443 ss.; R. SEDLER, *Standing, Justiciability and All That: A Behavioural Analysis*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972, p. 479 ss.; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000, p. 60 ss. In giurisprudenza, v. Supreme Court of the United States, *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960) e Supreme Court of the United States, *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947).

⁴³ V. M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 15-16.

⁴⁴ Un’analisi di questo tipo potrebbe apparire semplicistica e tale da non tenere conto delle varie problematiche affrontate dalla c.d. *moderna dottrina del precedente*, la quale delinea tutta una serie di tecniche decisorie che vanno a superare il principio classico di «stare decisis et non quita movere», fra cui, tra le altre, quelle del *distinguishing*, *harmonizing*, *questioning*, *prospective overruling* ed *anticipatory overruling*. Per una panoramica sul funzionamento del sistema del precedente, v. P.G. KAUPER, *La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*, in G. TREVES (cur.), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Unione

La *mainstream narrative* ha così favorito la cristallizzazione della classificazione tradizionale del sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America: un ordinamento di *common law* ancorato al sistema del *judicial precedent* e organizzato secondo un controllo di costituzionalità di tipo diffuso, caratteristiche che hanno portato il modello storico statunitense ad ergersi a prototipo classificatorio – o idealtipo⁴⁵.

Questo prototipo si è successivamente elevato a modello esemplare, dal quale poter far derivare le caratteristiche di ogni sistema che intenda strutturarsi giuridicamente al proprio interno attraverso la previsione di un controllo di costituzionalità di tipo diffuso, per di più in un sistema decentrato⁴⁶.

Com'è stato autorevolmente osservato, tuttavia, occorre quanto meno attenuare l'enfasi posta sui modelli storici di riferimento e considerare che «ciascun sistema [...] può [...] essere classificato in base a criteri di

tipografico-editrice torinese, Torino, 1971, p. 215 ss.; U. MATTEI, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988; G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 1 ss.; U. MATTEI, *Stare decisis*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civile*, UTET, Torino, 1996, p. 148 ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Stare decisis nel restante mondo di common law*, in F. GALGANO (cur.), *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 22 ss. e *Il ruolo del precedente giudiziario nel common law inglese*, in U. VINCENTI (cur.), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998, p. 167 ss.

⁴⁵ Unitamente, come già ampiamente ricordato, all'altro grande modello di controllo di costituzionalità di tipo giurisdizionale, quello accentrato, identificato con il modello c.d. kelseniano, poi sviluppatosi nell'ordinamento austriaco. V. H. KELSEN, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, 1942, ora in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 293 ss.

⁴⁶ Cfr. L. PEGORARO, *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in R. ROMBOLI (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1991, p. 185: l'*idealtipo* (o modello) esemplare viene costruito per astrazione dal modello storico, a sua volta esemplare.

prevalenza, avendo previamente individuato ciascun elemento pertinente di volta in volta preso in considerazione»⁴⁷.

Il che equivale a porre l'attenzione, come detto sopra, sulla rilevanza del contesto socio-giuridico-culturale nel quale ci si deve muovere.

La soluzione di criteri pertinenti di classificazione consente così di proporre un'ipotesi di 'destrutturazione' del modello statunitense, resa possibile dalle numerose divergenze tra idealtipo e genesi concreta dell'ordinamento federale.

Anzitutto, va osservato come la dottrina non abbia tuttora risolto in senso compiuto la problematica del fondamento costituzionale originario del *judicial review of legislation* statunitense.

Le impostazioni, sul punto, sembrano essere almeno due: da un lato, si afferma che la Costituzione federale ha attribuito a tutti gli organi del sistema giudiziario americano – *Supreme Court*, altri giudici federali, nonché Corti degli Stati membri – la competenza ad esercitare il sindacato di costituzionalità⁴⁸. Dall'altro lato, come già accennato, si sostiene che il *judicial review of legislation* non sia stato direttamente attribuito dal disposto costituzionale, ma che discenda solamente dall'interpretazione che ne è stata fatta ad opera della *Supreme Court*⁴⁹, interpretazione poi consolidatasi attraverso la regola del precedente⁵⁰.

⁴⁷ L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 201 ss. L'A. suggerisce di «applicare una logica classificatoria fuzzy [...] [la quale] si basa su classi dai contorni vaghi e sull'idea che gli oggetti appartengano alle classi solo in una certa misura, sfumando il risultato dicotomico perseguito dalle teorie classiche».

⁴⁸ L.V. LEVY, *Judicial Review, History, and Democracy: an Introduction*, in L.V. LEVY (ed.), *Judicial Review and the Supreme Court*, Harper Torchbooks, New York, 1967, p. 7 ss.

⁴⁹ *Ex multis*, W.W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago University Press, Chicago, 1980, p. 1046: «so judicial review against Congress, it seems quite certain, was not intended, or provided, in the Constitution».

⁵⁰ «The Constitution means what the Supreme Court says it mean» è la famosa affermazione del 1907 ad opera del *Chief Justice* Charles Evans Hughes quando ancora era Governatore dello Stato di New York. In tema, S.R. MUNZER, J.W. NICKEL, *Does the Constitution Mean What It Always Meant?*, in *Columbia Law Review*, 77, 7, 1977, p. 1029 ss.; D.A. STRAUSS,

Quale che sia l'impostazione preferibile, è dato storicamente non eludibile il problema se l'attribuzione al potere giudiziario del controllo di costituzionalità sia stato discusso nel corso della *convention* di Philadelphia⁵¹. A ciò si aggiunga che la genesi e il dibattito sul *judicial review of legislation* traspare anche da ulteriori fonti: da alcuni documenti del dibattito tra *federalists* e *antifederalists*⁵², nonché dai resoconti dei lavori di alcune *conventions* in sede di ratifica della *Constitution*⁵³.

In via di prima approssimazione, tanto i sostenitori della creazione di una Costituzione federale, quanto coloro che, invece, la osteggiavano, riconoscevano che l'attribuzione al potere giudiziario del controllo di costituzionalità delle leggi costituisse una delle maggiori innovazioni per il nuovo ordinamento giuridico⁵⁴.

Si può notare sin da ora come la genesi profonda del sistema di giustizia costituzionale statunitense si leghi necessariamente al 'conflitto federale' tra volontà dei rappresentanti del popolo e volontà del popolo: la prima,

The Supreme Court, 2014 Term – Foreword: Does the Constitution Mean What It Says?, in *Harvard Law Review*, 129, 2015, p. 1 ss.

⁵¹ In tal senso, v. N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, CEDAM, Padova, 1984, p. 114.

⁵² S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 215 ss. Per un approfondimento storico politico sul punto, v. L.M. BASSANI, *Dalla Rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America. 1776-1865*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, p. 77 ss.

⁵³ Il riferimento è principalmente a quella dello Stato della Virginia. In tema, S. ORTINO, *op. ult. cit.*, pp. 247-248.

⁵⁴ Per meglio comprendere la contrapposizione teorica, da un lato – in senso positivo rispetto al demandare al potere giudiziario la competenza del controllo di costituzionalità delle leggi – si veda il saggio n. 78 del *The Federalist* di L. HAMILTON, analizzato anche da A. REPOSO, *The Federalist, Judicial Review e Stato Federale*, in *Il Politico*, 1, 1987, p. 37 ss.; dall'altro – in senso negativo –, i saggi di «Brutus», pseudonimo di R. YATES, in M. BORDEN (ed.), *The Antifederalist Papers*, Michigan State University, East Lansing, 1965, pp. 224-225. V. altresì M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Regia Università degli studi di Torino, Torino, 1931, pp. 40-41.

identificata nel potere legislativo; la seconda, nella Carta costituzionale, come si desume dal saggio n. 78 del *The Federalist*.

A dare effettività alla *higher law* contribuiva poi un sistema che si presentava *geneticamente decentrato*⁵⁵.

Il controllo di costituzionalità delle leggi trovò così terreno fertile, in quanto, in ultima istanza, raffigurato come l'argine migliore alle tendenze centripete del legislatore federale⁵⁶.

Al tempo della *Convention* di Philadelphia, inoltre, la risoluzione dei conflitti demandati alla *Supreme Court* era concepita come una competenza in grado di porre un argine ai conflitti tra entità distinte, i quali erano rappresentati, da un lato, dalle istanze dei singoli Stati membri e, dall'altro, di quelle della Federazione.

Quanto ai primi, la previsione fu quella di attribuire sin da subito *original jurisdiction* alla *Supreme Court*, nel caso di controversie tra gli stessi⁵⁷; quanto alla seconda, l'accentramento del controllo in capo alla *Supreme Court* obbediva a logiche contingenti, posto che, all'epoca, il giudizio sui diritti e sulle libertà individuali non era problematica contingente⁵⁸.

⁵⁵ Per una breve analisi del c.d. federalismo aggregativo, v. R. BIN, G. FALCON (cur.), *Diritto regionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 13 ss. Nella dottrina statunitense, v. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 132 ss. Per una disamina storico-politica, v. L.M. BASSANI, *Nascita e sviluppo del federalismo negli Stati Uniti d'America*, in L.M. BASSANI, S.B. GALLI, F. LIVORSI, *Da Platone a Rawls. Lineamenti di storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 209 ss.

⁵⁶ V. *amplius* L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 129. Il riferimento va anche all'art. III, *section* 1, della Costituzione, secondo il quale «The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court»: a detta di G. SACERDOTI MARIANI, in G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Sansoni, Firenze, 1991, p. 106, «con l'uso di *one* si vuole insistere sull'unicità della Corte Suprema».

⁵⁷ Cfr. nt. 36.

⁵⁸ L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 131: «all'inizio il problema fu come non violare le competenze rispettive dei poteri, degli Stati e della Federazione. Ciò spetta solo alla Corte suprema, tribunale federale – concentrato, diremmo – di unica istanza. Solo in seguito l'elemento della diffusione assume consistenza».

Il conflitto originario con cui i *framers* dovettero confrontarsi era dunque un conflitto tra poteri: poteri originari, gli Stati membri, che cedevano sovranità a un altro potere che veniva *ex novo* costituito, la Federazione.

Alla base dell'equilibrio ordinamentale statunitense – e dietro ai conflitti tra poteri – stava tuttavia un conflitto tra due 'tipi' di volontà: la volontà del popolo, cristallizzata negli ideali e nel disposto della Costituzione, contrapposta alla volontà dei rappresentanti del popolo, legittimati unicamente sulla base della prima.

Nell'analisi dei possibili elementi di destrutturazione del modello tradizionale di giustizia costituzionale statunitense, occorre allora porre anzitutto l'attenzione sullo sviluppo del paradigma del *consent* in ottica federativa⁵⁹.

Il principio federale, infatti, si configura quale una delle soluzioni organizzative adottate dalla Costituzione del 1787 in sede di conferimento del potere sovrano⁶⁰. L'esperienza statunitense delle origini ha così permesso la teorizzazione dottrinale di uno dei più risalenti orientamenti sullo Stato federale, laddove quest'ultimo venne concepito come un'unione paritaria di Stati e il requisito della statualità era considerato sussistente tanto nel *central government*, quanto nei singoli Stati membri⁶¹.

Se si esaminano il momento genetico e funzionale del sinallagma contrattuale tra Federazione e Stati membri, risulta improprio ricondurre la genesi

⁵⁹ Per un'approfondita analisi sui temi di originarietà dell'ordinamento giuridico, sovranità e logica consensualistica, v. M. PEDRAZZA GORLERO, *Il patto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2012, p. 97 ss. V. altresì S.B. GALLI, *Jean Bodin e l'"invenzione" della sovranità*, in L.M. BASSANI, S.B. GALLI, F. LIVORSI, *Da Platone a Rawls*, cit., p. 115 ss.

⁶⁰ R. TONIATTI, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 13.

⁶¹ Genera, infatti, un modello federale *US-centered*, ovverosia con equivalenza tra *Federation* e *United States*. Cfr. A. LA PERGOLA, *Sguardo sul federalismo e suoi dintorni (Una celebre dicotomia: «Stato federale-Confederazione», la Confederazione di tipo antico e moderno, l'idea europeistica di Comunità)*, in L. PEGORARO, A. REPOSO (cur.), *Lecture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*, CEDAM, Padova, 1995, p. 199 ss.; N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO, *Esperienze federali contemporanee*, CEDAM, Padova, 1996, p. XIV.

dell'ordinamento federale statunitense a un mero accordo tra Stati sovrani⁶². Occorre invece rivedere la dottrina classica dei residui «contrattualistici»⁶³, la quale individua questi ultimi in un preciso principio organizzativo della struttura costituzionale, ovvero il principio del *consent*⁶⁴.

Attraverso di esso si realizza una prima forma di garanzia dell'ordinamento costituzionale, che assicura sin dal principio il rispetto reciproco dell'autonomia e delle competenze tra Stato federale e Stati membri.

In secondo luogo, detto principio non viene in rilievo nel solo momento formativo del sistema, quindi sotto un profilo «statico», ma opera altresì sotto un profilo interno a quest'ultimo, ossia da un punto di vista che più sopra si è definito «dinamico», inerente cioè i processi di modificazione formale dell'ordinamento⁶⁵.

Quel che preme qui evidenziare è che il principio del *consent* funziona appieno come strumento garantistico solo in un ordinamento, come quello statunitense, nel quale vengono posti su di un identico piano la Federazione e gli Stati membri: un identico piano che, in ultima analisi, riguarda lo *iuris vinculum* verso la volontà del popolo, cioè verso il testo costituzionale.

L'attualità di tale vincolo sembra tuttora permeare l'intero sistema: lo prova il fatto che esso è sottoposto a costante controllo – e prima ancora, c'è costante accettazione – mediante l'attività interpretativa posta in essere dal potere giudiziario nell'ambito del *judicial review of legislation*.

⁶² È questa la c.d. *compact theory of government*, per la quale la Costituzione varrebbe unicamente come documento formale contenente un mero *vinculum iuris* per gli enti statali “contraenti”, strumentale rispetto agli interessi perseguiti dagli stessi paciscenti. In sostanza, detta tesi perviene ad affermare che gli enti costitutivi della federazione sono Stati sovrani, portatori ciascuno di un proprio ordinamento originario e, al tempo stesso, attribuisce all'ordinamento federale il carattere di un ordinamento contrattuale.

⁶³ A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 22 ss.

⁶⁴ R. TONIATTI, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 43.

⁶⁵ Cfr. A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 129 ss. e p. 189 ss.

Ne è un esempio la competenza esclusiva in capo alla *Supreme Court* in ordine alle controversie tra Stati membri, interpretata tramite il *consent* riposto dagli stessi verso la Federazione e, in particolare, nella loro rinuncia all'immunità sovrana, «as a substitute for the diplomatic settlement of controversies between sovereigns and a possible resort to force»⁶⁶.

Questa competenza attribuita al potere giudiziario differisce sensibilmente da quella per le controversie tra «private parties»: la differenza sta nelle parti in causa, ossia soggetti dotati di sovranità e potenzialmente in grado di risolvere la reciproca conflittualità mediante il ricorso all'uso della forza.

Nel momento in cui gli Stati membri non agiscono più come soggetti giuridicamente isolati e pongono la Costituzione federale al vertice della sovranità 'pattuita'⁶⁷, essi riconoscono allora nella *Supreme Court* l'arbitro neutrale di eventuali conflitti interstatali.

Se l'applicazione di tale principio sembra garantire la tenuta ordinamentale del federalismo statunitense, allo stesso tempo ciò appare come un primo elemento in grado di elevare la *Supreme Court* al rango di unico organo giurisdizionale dell'ordinamento in grado di garantire (*rectius*, di decidere de) la tenuta politico-costituzionale dello stesso⁶⁸.

⁶⁶ V., di recente, Supreme Court of the United States, *State of Kansas v. States of Nebraska and Colorado*, 574 U.S. __ (2015). Altresì, cfr. Supreme Court of the United States, *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 583 (1923); Supreme Court of the United States, *Monaco v. Mississippi*, 292 U.S. 313 (1934): «the waiver or consent, which inheres in the acceptance of the constitutional plan, runs to the other States, who have likewise accepted that plan, and to the United States as the sovereign which the Constitution creates». In dottrina, v. G. BOGNETTI, *La responsabilità per «tort» del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 33 ss.

⁶⁷ Sul punto, si veda la sentenza Supreme Court of the United States, *Texas v. New Mexico*, 462 U.S. 554 (1983).

⁶⁸ R.A. EPSTEIN, *The Supreme Court Tackles Patent Reform: Why the Supreme Court Should End Inter Partes Review in Oil States*, in *Federalist Society Review*, 18, 2017, p. 70 ss.; ID., *The Supreme Court Tackles Patent Reform: A Series of Articles Examining Oil States Energy Services, LLC v. Greene's Energy Group, LLC*, in *Federalist Society Review*, 19, 2018, p. 132 ss.

Sembra potersi ravvisare, in tal modo, l'applicazione di una logica di accentramento decisionale, la quale appare teoricamente estranea a un modello di giustizia costituzionale a scrutinio diffuso.

3. (SEGUE) IL *BALANCE* DI UN *COMMON LAW* 'ACCENTRATORE': LA *SUPREME COURT* COME ORGANO DI GARANZIA DELL'ARCHITETTURA ISTITUZIONALE FEDERALE

Nel paragrafo precedente si è visto come il principio del *consent* assurga a potenziale elemento di 'rottura' della *mainstream narrative* della giustizia costituzionale.

Si possono ora analizzare ulteriori fattori in grado di evidenziare la scarsa tenuta dei modelli tradizionali di classificazione della giustizia costituzionale statunitense, rispetto ad un'analisi di contesto dello stesso.

Occorre fare riferimento, anzitutto, alla seconda soluzione organizzativa accolta in tale ordinamento, ossia il principio di separazione tra i vari livelli di governo (e le rispettive competenze) costituenti l'ordinamento federale statunitense⁶⁹.

Nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America, sono state esplicitate nel testo costituzionale anche le competenze degli organi centrali non deputati ad esprimere l'indirizzo politico generale⁷⁰.

La scelta adottata dai *founding fathers* ha realizzato un *great compromise* sotto un duplice profilo: politico, con l'istituzione di una seconda Camera rappresentativa degli Stati membri a livello paritario⁷¹; giuridico, mediante

⁶⁹ R. TONIATTI, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 13 ss.

⁷⁰ *Ex multis*, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 124, secondo il quale «Just as the Colossus once strode the wine-dark waters of the harbor of Rhodes, so the separation of powers (along with its vertical counterpart, sometimes called the "division of powers" that constitutes federalism) commands and pervades American constitutional law». Cfr. anche la giurisprudenza richiamata *sub* nt. 1.

⁷¹ In argomento, v. M. NICOLINI, in F. PALERMO, M. NICOLINI, *Il Bicameralismo*, Esi, Napoli, 2013, p. 135 ss.

l'affidamento della tenuta del sistema – sotto il profilo della garanzia di quell'uniformità imposta dalla *supremacy clause*⁷² – al vaglio degli organi giudiziari e, in ultima istanza, all'interpretazione armonizzatrice della *Supreme Court*.

Il significato operativo della *supremacy clause*, tuttavia, sembrerebbe anch'esso deporre in favore dell'accentramento in capo alla *Supreme Court* sopra richiamato:

*«riconoscendo al potere giurisdizionale ed alla tipica conformazione del suo ragionamento giuridico l'applicazione concreta del principio di supremazia della Costituzione, della legislazione e dei trattati federali sulla Costituzione e sulla legislazione degli Stati, gli affida [...] la responsabilità di risolvere almeno una parte dei conflitti di competenza fra Stato federale e Stati membri»*⁷³.

Di fronte a questo scostamento tra tipo 'giuridico-ideale' e tipo 'storico-dinamico', tuttavia, due meccanismi sembrano in grado di garantire la tenuta ordinamentale di un modello di controllo di costituzionalità che si suole definire 'diffuso': la natura rigida del testo costituzionale e il riscontro in quella che ben può qualificarsi la *Costituzione in senso materiale* degli Stati Uniti d'America – ossia, nella volontà del popolo – di un elevato grado di consenso sociale, «postulato indefettibile dell'effettività dell'ordinamento formale»⁷⁴.

È a partire dal dato testuale, del resto, che la giustizia costituzionale statunitense sembra trovare la propria ragione fondante quale modello esemplare di classificazione.

⁷² Cfr. nt. 35.

⁷³ R. TONIATTI, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 15.

⁷⁴ ID., p. 29: «in tanto la volontà costituente dei *framers* rappresenta tuttora un'indispensabile e mitica guida per l'attuale via costituzionale dell'ordinamento in quanto la norma suprema da loro deliberata continua ad avere vigore ed a godere dei connotati dell'effettività».

Se, infatti, la genesi della giustizia costituzionale statunitense poggia sulla creazione di una *Supreme Court* ‘accentratrice’ quanto all’esercizio della competenza a dirimere i conflitti tra poteri⁷⁵, lo sviluppo di un meccanismo a controllo diffuso può trovare anch’esso giustificazione teorica nel meccanismo del *consent*, ove questo sia inteso in senso dinamico.

Lo sviluppo e il consenso al controllo diffuso, infatti, si potrebbe comunque spiegare attraverso la prevalenza costantemente attribuita alla volontà del popolo⁷⁶.

Par di capire che vi sia un *consent* collettivo nei confronti del potere giudiziario complessivamente considerato, il quale, attraverso il meccanismo del *judicial review of legislation*, garantisce il testo della Costituzione.

Il sistema diffuso di controllo di costituzionalità, quindi, non rappresenterebbe di per sé una torsione del sistema, ma troverebbe giustificazione nella costante e collettiva attuazione dei meccanismi di protezione di quelle garanzie costituzionali originarie di cui la *Supreme Court* è sì arbitro di ultima – o di unica – istanza, ma le quali, attraverso il *consent* collettivo, vengono garantite dalla supremazia della volontà del popolo sulla volontà dei rappresentanti del popolo, mediante il combinato disposto di esso con il principio federale e il principio di separazione.

Nella giustizia costituzionale statunitense, la giustificazione teorica di un sistema di controllo diffuso sembra pertanto riposare nel fatto che il bene tutelato è sempre la Costituzione, la quale *consente* che la volontà dei rappresentanti del popolo stesso possa, mediante il controllo di costituzionalità attribuito a tutti i giudici dell’ordinamento, essere resa giustiziabile⁷⁷.

⁷⁵ Beninteso, poteri territoriali e *political branches*.

⁷⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, cit., p. 521 ss.

⁷⁷ È stato affermato, con riferimento al giudizio in via principale, che «i caratteri della *Staatsgerichtbarkeit* non alterano la natura del giudizio [...], il quale, più che a una dichiarazione circa la spettanza delle competenze in contestazione, è preordinato a ripristinare l’integrità delle stesse secondo l’ordine stabilito nella Costituzione, e non diversamente sembra potersi ragionare per la tutela dei diritti»: M. NICOLINI, *I precedenti in*

Ciò che caratterizza l'ordinamento statunitense e che ne definisce il possibile *balance* teorico assicurato dal sistema di giustizia costituzionale, in sostanza, sembrano essere i valori che informano le previsioni della Costituzione.

Questi ultimi, attraverso il principio federativo, il principio di separazione e il principio consensualistico, paiono mettere in certo senso in secondo piano gli attori ordinamentali, la cui interpretazione non potrà mai ergersi in posizione di primazia, ma si porrà sempre e comunque quale mera applicazione della volontà dei consociati.

In questo senso, la *Supreme Court* non si sottrae all'obiezione circa la *countermajoritarian difficulty* e la legittimazione della giustizia costituzionale; questa critica, qualunque sia la forma di governo, pone la stessa giustizia costituzionale come un potere diverso rispetto a quello degli organi rappresentativi⁷⁸.

Quale Corte di vertice e garante privilegiata della Costituzione statunitense⁷⁹, la *Supreme Court* parrebbe cioè convalidare il paradigma secondo il quale l'interpretazione giurisprudenziale prevale sulla volontà dei rappresentanti

materia processuale. Il giudizio in via principale, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, p. 219. Parenteticamente, si nota che, nel lessico giuridico statunitense, una fattispecie è *justiciable* quando essa ha la qualità per essere esaminata da una Corte e può quindi essere sottoposta al suo giudizio: *ex multis*, v. G. BOGNETTI, *Malapportionment ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 80. Autorevole dottrina richiama, sul punto, il caso *Supreme Court of the United States, Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968), in cui la Corte Suprema sottolinea come il concetto di *justiciability* sia difficilmente definibile, se non in negativo (non vi sarebbe *justiciable controversy* quando le parti invocano la tutela giurisdizionale per una *political question* o quando chiedono unicamente una *advisory opinion*; quando i termini della controversia siano cambiati; quando manchino le pregiudiziali di rito): cfr. N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 121, con particolare attenzione *sub* nt. 26.

⁷⁸ V. fra gli altri L.B. TREMBLEY, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, 4, 2003, p. 525 ss.

⁷⁹ Nonché di ultima istanza, attraverso il meccanismo operativo del precedente giurisprudenziale.

del popolo, in quanto portatrice dei valori supremi incardinati nella Costituzione.

Va preliminarmente rilevato, tuttavia, come non vi possa essere una supremazia interpretativa *tout cour* del potere giudiziario – *sub specie*, della *Supreme Court* – su quella resa dagli altri poteri statali. L'interpretazione del testo costituzionale resa dalla Corte nell'ambito del *judicial review of legislation* prevale non tanto perché assimilabile alla stessa Costituzione, quanto perché è il risultato dell'esercizio di un potere garantito dalla Costituzione stessa e da questa attribuito alla *Supreme Court*⁸⁰.

In altre parole, l'equazione non sembrerebbe darsi tra Costituzione e sua interpretazione datane dalla *Supreme Court*⁸¹, ma tra disposizioni costituzionali e principi ordinamentali materiali. Questo meccanismo darebbe vita a una sorta di *self-restraint* interpretativo operato dalla Corte Suprema, tale per cui il potere giudiziario di vertice non risulta assurgere a primario –

⁸⁰ Il problema della legittimità di differenti interpretazioni – rispetto a quella data dalla Corte Suprema – della Costituzione è desumibile, principalmente, dal dibattito creatosi in seguito alle sentenze Supreme Court of the United States, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 54 (1954) e Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, cit. (1958). Le due principali assunzioni sussumibili da tali decisioni sarebbero, da un lato, quella per cui «the Court, in rendering a constitutional decision, announces a general norm of wide applicability» e, dall'altro, quella per cui «the Court's interpretation is itself the “supreme law of the land”». Per una dettagliata analisi della questione, v. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 254 ss.

⁸¹ Poiché il significato del dettato normativo rimane in ogni caso soggetto a dispute legittime: una varietà di attori, infatti, può dare la propria interpretazione costituzionale, che non necessariamente si deve conformare a quella giudizialmente rinforzata articolata dalla Corte Suprema: il Presidente, il legislatore, le Corti statali, il popolo in generale. In giurisprudenza, Supreme Court of the United States, *Graves v. New York*, 306 U.S. 466 (1939): «although judicial exegesis is unavoidable [...] the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it». In dottrina, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 256.

quando non unico – organo deputato a effettuare una sorta di interpretazione autentica esclusiva del testo stesso⁸².

Ciò viene posto in piena luce, ad esempio, nell'analisi della c.d. *political question doctrine*⁸³. Quest'ultima, nel diritto costituzionale statunitense, è strettamente connessa al concetto di giustiziabilità, ossia all'esigenza di determinare se il sistema giudiziario risulti il luogo giuridico adeguato al fine di trattare (*rectius*, decidere) della tutela di una determinata situazione giuridica: detto sistema, infatti, vede legittimamente attribuito a sé unicamente il potere di pronunciarsi su di una *legal question*, non invece su di una *political question*.

La non giustiziabilità di un caso in forza della *political question doctrine* poggia interamente su di una giustificazione giuridico-costituzionale: laddove la controversia presentata dinanzi alla *Supreme Court* risulti talmente specifica da vederne (costituzionalmente) riservata la disciplina ad uno degli organi politici previsti nell'ordinamento, oppure, all'opposto, a tal punto indeterminata che la stessa Costituzione non riesca a identificarla come tutelabile, ecco che, mancando la base giuridico-costituzionale di giustiziabilità, la Corte Suprema si auto-esclude dal garantire tutela a una posizione giuridica attratta, per questa via, al processo democratico-rappresentativo.

⁸² Il problema della legittimazione di differenti interpretazioni della Costituzione rispetto a quella data dalla Corte Suprema nell'esercizio del *judicial review* parte dalla sentenza *Cooper v. Aaron*, cit. In dottrina, v. D.A. FARBER, *The Supreme Court and the Role of Law. Cooper v. Aaron Revisited*, in *University of Illinois Law Rev.*, 386, 1982, p. 309 ss.; A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986, p. 264.

⁸³ V. *ex multis* L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 365 ss.; M.H. REDISH, *Judicial Review and the Political Question*, in *Northwestern University Law Review*, 79, 1985, p. 1022 ss.; M. TIGAR, *The Political Question Doctrine and Foreign Relations*, in *UCLA Law Review*, 17, 1970, p. 1135. Si veda anche, in senso critico, L. SANDSTROM SIMARD, *Do We Still Need the Political Question Doctrine?*, in *Dickinson Law Review*, n. 100, 1996, p. 303 ss. Nella giurisprudenza più recente, cfr. Supreme Court of the United States, *Rucho v. Common Cause*, No. 18-422, 588 U.S. __ (2019).

Lo sviluppo di tale dottrina corre dal caso *Luther v. Borden*⁸⁴ sino ad approdare alla sua conformazione attuale, delineata nel caso *Baker v. Carr*⁸⁵: proprio a partire dalla ‘rigida’ definizione di *political question doctrine* data da Justice Brennan⁸⁶, sembrano potersi far derivare differenti teorie sul ruolo di interprete costituzionale *privilegiato* della *Supreme Court*⁸⁷.

Una prima teoria riconduce il ruolo della Corte a quello già enunciato in *Marbury v. Madison*⁸⁸, prevedendo che essa debba in ogni caso decidere il

⁸⁴ Supreme Court of the United States, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849). Nel risolvere tale vertenza, la Corte ha dovuto affrontare principalmente due questioni: se una Corte federale possa autonomamente determinare quale fra due governi fosse il “vero” governo (in specie, in seguito a una presa di posizione contraria al governo in carica nello Stato del Rhode Island da parte dei cittadini ivi residenti); se il governo in carica in forza della carta costituzionale, proclamando la legge marziale, avesse agito illegittimamente, in particolare contravvenendo alla c.d. *Guarantee Clause* di cui all’art. IV, *section 4*, United States Constitution. La *Supreme Court* operò un ragionamento che la portò a ritenere come una Corte federale non potesse autonomamente decidere quale governo statale fosse legittimamente in carica, competenza, invece, ritenuta propria del Congresso in forza della c.d. *Guarantee Clause* di cui all’art. IV sopra richiamato. Il fatto che il Congresso possedesse tale potere risultava confermativo del fatto che esso esulasse dall’alveo di quelli propri del potere giudiziario.

⁸⁵ Supreme Court of the United States, 369 U.S. 186 (1962). Discutendosi di *apportionment* di distretti elettorali, la Corte ebbe a rigettare l’idea di *political question* espressa in precedenza dalla stessa magistratura superiore federale, laddove la *majority opinion* espressa da Justice Brennan affermò che «The doctrine of which we treat is one of ‘political questions’, not one of ‘political cases’. The courts cannot reject as ‘no lawsuit’ a bona fide controversy as to whether some action denominated “political” exceeds constitutional authority».

⁸⁶ «Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found [...]: (1) a textually demonstrable constitutional commitment to a coordinate political department; (2) a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; (3) the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; (4) the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; (5) an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; (6) the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question».

⁸⁷ L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 366.

⁸⁸ Cfr. nt. 4.

caso sottopostole laddove, secondo i canoni ermeneutici di una propria *constitutional interpretation*, non provi che la Costituzione stessa demandi la tutela del diritto in causa ad altra branca dell'organizzazione statuale⁸⁹.

Una seconda teoria introduce una visione prudentiale del ruolo della Corte, giustificando la *political question doctrine* sulla base di profili di opportunità dell'intervento giudiziale⁹⁰, e arrivando a escluderlo per le ipotesi in cui, se la Corte Suprema si pronunciasse, la stessa Corte Suprema arriverebbe a minare la propria autorità.

Quale che sia la teorizzazione, sembra importante sottolineare la circostanza per cui l'esistenza di una *political question doctrine* non sembra pregiudicare – al contrario, sembra confermare – la funzione accentrata di *judicial review of legislation* in capo alla *Supreme Court*.

Riconoscere che taluni ambiti siano riservati da una determinata previsione costituzionale all'azione del Congresso o dell'esecutivo, infatti, non comporta una rinuncia della Corte Suprema dal proprio ruolo di garante privilegiato della Costituzione.

La *constitutional interpretation* del potere giudiziario di vertice permane e, anzi, ne esce in tal senso rafforzata, mantenendo pur sempre la Corte un controllo allocativo costituzionalmente imposto sul *range* di azione dei diversi poteri ordinamentali. In altre parole, permane in capo ad essa il potere di determinare se una particolare azione congressuale o esecutiva – così esercitata per espressa riserva d'azione indicata in Costituzione – venga esercitata entro i termini di un fondamento costituzionale, o se ne oltrepassi invece i confini.

A fronte di tale apparente contraddizione tra 'teoria' e 'dato reale', va osservato che la tenuta formale della classificazione tradizionale sembra

⁸⁹ H. WECSHLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, n. 73, 1959, pp. 1-7; M. FULLER WESTON, *Political Questions*, in *Harvard Law Review*, 38, 1925, p. 296 ss.

⁹⁰ Cfr. M. FINKELSTEIN, *Judicial Self-Limitation*, in *Harvard Law Review*, 37, 1924, p. 338 ss. e *Some Further Notes on Judicial Self-Limitation*, in *Harvard Law Review*, 39, 1926, p. 221.

rappresentata dalla circostanza tale per cui la Carta costituzionale, negli Stati Uniti d'America, permane pur sempre un *democratic document*.

La *Supreme Court* ne rappresenta formalmente solo l'organo garante privilegiato prescelto dai soggetti originari del sistema, pena l'errore concettuale di voler identificare la volontà costituente nella volontà del potere giudiziario posta a controllo del potere costituito.

A destrutturare l'idealtipo classificatorio concorre un ultimo aspetto, strettamente collegato ai principi sino ad ora delineati come propri dell'ordinamento statunitense: anche i concreti meccanismi operativi propri del sistema giudiziale, infatti, sembrano elevare l'autorità e il prestigio di cui gode l'interpretazione della Corte Suprema a una fisiologica posizione di interprete privilegiato – e, in definitiva, di controllo accentrato – del testo costituzionale⁹¹.

Non può dimenticarsi, infatti, come la *Supreme Court* si inserisca pur sempre nel contesto di una famiglia giuridica di *common law*. Un contesto, quindi, in cui il diritto promana anche (e soprattutto) dal formante giurisprudenziale⁹² e nel quale, per il tramite del meccanismo di *stare decisis*⁹³, il potere giudiziario, nel rendere una decisione, risulta vincolato da quelle assunte in precedenza relativamente a casi analoghi.

La logica 'centripeta' del controllo di costituzionalità sembra pertanto ravvisabile in ciò, ossia nel fatto che i giudici di rango inferiore si ritengono

⁹¹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 77. Cfr. altresì E. LAMBERT, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour sùpreme des États-Unis*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 481: «En matière constitutionnelle, aussi bien que dans le domaine du common law, le point de droit tranché par la Cour suprême, après débats et réflexions, deviant settled law ou settled rule».

⁹² G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995; F. PALERMO, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (cur.), *Diritto Costituzionale Comparato*, cit., pp. 827-832.

⁹³ *Ex multis*, v. U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente*, cit.

vincolati non solamente dalla *ratio decidendi* delle decisioni della *Supreme Court*, quanto anche dagli *obiter dicta* in esse contenuti⁹⁴.

Una scelta operativa, questa, che sembra dotare le decisioni di incostituzionalità rese dalla *Supreme Court* di quella forza di statuire definitivamente in punto di diritto – *rectius*, di applicare il principio costituzionale a preferenza di quello legislativo – e dirimere la controversia, similmente a quanto accade in un sistema di giustizia costituzionale dai tratti accentrati.

Questa presunzione di vincolatività assoluta della decisione sembra garantire all'interpretazione costituzionale resa dalla *Supreme Court* un effetto vincolante *erga omnes*, posto che quest'ultima si colloca in via esclusiva al vertice del *federal judiciary*⁹⁵.

Se nella teoria – diremmo, nel modello 'giuridico-ideale' – una decisione di incostituzionalità resa dalla *Supreme Court* dispiega i propri effetti solamente nel caso concreto⁹⁶, nella pratica l'effetto della decisione stessa beneficerà del fatto di essere resa dall'organo giurisdizionale di vertice dell'ordinamento federale, nei confronti del quale, per quanto detto in merito al meccanismo operativo concreto del sistema del precedente, i giudici inferiori si sentiranno vincolati in senso assoluto, quasi fosse essa stessa la *supreme law of the land*. Di più: la vincolatività dell'interpretazione costituzionale resa dalla *Supreme Court* appare in grado di piegare a proprio vantaggio anche il possibile conflitto interpretativo costituzionale tra poteri cui si è fatto cenno in precedenza:

⁹⁴ Cfr. nt. 44. V. altresì M. SHAPIRO, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1981; M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., p. 55 ss.

⁹⁵ Cfr. R.S. CRISTÓBAL, *El federalismo judicial estadounidense*, in *Estudios de Deusto*, 65/1, 2017, p. 301 ss.; A. SCHLUETER, *Judicial Federalism and Supreme Court review of State Courts decisions: a sensible balance emerges*, in *Notre Dame Law Review*, 59, 1984, p. 1079 ss.; J. MACGREGOR BURNS, *Packing the Court*, Penguin Books, New York, 2010; G. RUIZ, *Federalismo judicial (El modelo americano)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 171 ss.

⁹⁶ Cfr. nt. 27.

«la norma rimane formalmente in vigore finché il Congresso non decide il contrario, però la sua applicazione resta congelata. In questo modo, la sentenza della Corte Suprema produce un vero effetto erga omnes, analogo a quello di abrogazione della legge di stampo kelseniano, salvo [...] che la stessa Supreme Court non cambi la propria giurisprudenza sulla norma giuridica in questione [...]»⁹⁷.

Risultano così tracciate le linee teoriche della possibile destrutturazione del modello di classificazione tradizionale della giustizia costituzionale statunitense quale modello esemplare di controllo di costituzionalità c.d. diffuso.

La prospettiva ‘centripeta’ – e la garanzia dei principi costituzionali in capo alla *Supreme Court* – sembra muovere dall’evoluzione e dalla reciproca compenetrazione del principio federale, del principio del *consent* e del principio di separazione, per come collocati all’interno dei meccanismi operativi ordinamentali propri di una famiglia giuridica di *common law*.

In quest’ottica, il punto di partenza sembra essere il principio federale, posto che la valorizzazione del ruolo della *Supreme Court* come garante privilegiato della costituzionalità dell’ordinamento muove da una funzione di tutela dell’architettura istituzionale – nella quale la Corte è stata identificata quale unico organo deputato a scongiurare la potenziale conflittualità tra poteri sovrani –, per giungere a una più capillare, ossia di garanzia di tutte le situazioni giuridiche grazie ai meccanismi operativi propri del sistema del precedente vincolante – con la Corte posta al vertice del *federal judiciary*.

Tale espansione è stata garantita per il tramite dell’operatività congiunta di quei principi che permeano e caratterizzano l’ordinamento statunitense, e cioè il principio del *consent* e quello di separazione.

Il primo garantisce che il grado privilegiato dell’interpretazione costituzionale della *Supreme Court* sia tale perché coerente con i valori

⁹⁷ Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 78. Altresì, cfr. M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, cit., p. 1043.

espressi nella Costituzione dalla volontà popolare. Il secondo – a mo' di logica prosecuzione del primo – fa sì che la medesima interpretazione privilegiata della *Supreme Court* si inserisca armonicamente e non conflittualmente all'interno dei rapporti con gli altri poteri abilitati all'ermeneutica del testo costituzionale.

4. IL VERSANTE ESTERNO DELLA COMPARAZIONE: ANTECEDENTI STORICI DEL *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION*...

Oltre che per caratteristiche *interne*, il tentativo di destrutturazione del modello di giustizia costituzionale statunitense passa anche attraverso lo studio della sua rilevanza *esterna*, ovvero dalla ricerca di eventuali ordinamenti ispiratori o deferenti nei confronti di tale modello.

A tal fine, la dottrina utilizza la finzione della *staticità* del modello esemplare, tale per cui le caratteristiche che hanno fatto della giustizia costituzionale statunitense un tipo 'giuridico-ideale' – il sindacato diffuso, concreto ed eventuale –, una volta assolutezzate, divengano un rigido parametro di riferimento per la classificazione di un qualsiasi ordinamento che a quello statunitense viene comparato.

Si tratta, in altre parole, di ricercare se all'esterno del modello esemplare statunitense di giustizia costituzionale stiano altri modelli – imitati o imitatori – che ne confermino un funzionamento a tratti differenti rispetto a quelli indicati dall'attività di classificazione tradizionale.

Questa operazione sembra poter essere compiuta applicando un criterio essenzialmente cronologico, prendendo in considerazione tanto gli eventuali meccanismi storico-istituzionali di riferimento antecedenti alla nascita della giustizia costituzionale statunitense, quanto i posteriori tentativi di imitazione di questo modello esemplare.

Con riferimento ai primi, viene in luce il possibile rapporto del *judicial review of legislation* statunitense con i meccanismi decisionali propri dell'istituto

giudiziale (coloniale) britannico del *Judicial Committee of the Privy Council*⁹⁸.

Nell'*Imperial judiciary*⁹⁹, quest'ultimo agiva come Corte d'appello e di ultima istanza nei confronti delle decisioni rese da tutte le Corti dei Paesi del *Commonwealth*¹⁰⁰.

Pur derivando i propri poteri da una fonte positiva¹⁰¹, la sua evoluzione storica – di natura prevalentemente convenzionale – sembra portare alla luce un sistema di interpretazione giudiziale privilegiata del diritto all'interno di un assetto ordinamentale che, complessivamente considerato, può considerarsi sottoposto a logiche di decentramento e di rapporto tra differenti poteri sovrani in senso simile rispetto a quelle fondanti la genesi del *judicial review of legislation* statunitense.

Con riferimento alle indicate relazioni 'centro-periferia' all'interno dell'Impero britannico, prima, e del *Commonwealth*, poi, sembrano darsi, a livello pratico, due ipotesi¹⁰².

⁹⁸ G. RANKIN, *The Judicial Committee of the Privy Council*, in *Cambridge Law Journal*, 7, 1939, p. 2 ss.; W.R. RIDDELL, *The Judicial Committee of the Privy Council*, in *The American Law Review*, 44, 1910, p. 161 ss.; T. HODGINS, *The Judicial Committee of the Privy Council and Colonial Judges*, in *Canadian Law Times*, 15, 1895, p. 133 ss.; C.F. FRASER, *Judicial Committee of the Privy Council: Its Development and Function*, in *Alberta Law Quarterly*, 3, 1938, p. 101 ss.; LORD HALDANE, *The Work for the Empire of the Judicial Committee of the Privy Council*, in *Cambridge Law Journal*, 1, 1922, p. 143 ss. Per un'analisi dell'istituto in ottica moderna, v. LORD NEUBERGER, *The Judicial Committee of the Privy Council in the 21st Century*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3, 2014, p. 30 ss.

⁹⁹ Parla espressamente di «imperial Constitution», «imperial policy» e «imperial review» L.P. BETH, *The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review*, in *The American Journal of Comparative Law*, 24, 1976, p. 22 ss.

¹⁰⁰ Per questi Paesi, la competenza a decidere in grado di appello di ultima istanza giace in capo alla *House of Lords*.

¹⁰¹ Judicial Committee Act, 1833.

¹⁰² Per un'analisi inerente allo sviluppo della giurisdizione del *Judicial Committee* – nonché della sua relativa incidenza – in Canada, Australia e India, v. J.S. BEAUDRY, *The Empire's Sentinel: The Privy Council's Quest to Balance Idealism and Pragmatism*, in *Birkbeck Law Review*, 15, 2013, p. 15 ss.

Anzitutto, si può dare il caso in cui una Colonia risulti ancora in grado di formale dipendenza dal Regno Unito. Essa, pertanto, consterebbe in certo senso di due ‘Costituzioni’: le proprie regole locali fondamentali¹⁰³, da un lato, e la *Imperial Constitution*, dall’altro, le basi di quest’ultima identificabili sommariamente nel «British Law (statute, common and equity) tempered by a wise deference to the laws, customs and political realities of the dependency, and with an occasional salting of “natural justice”»¹⁰⁴.

Laddove sorga una questione interpretativa – ad esempio, di contrasto tra la normativa ‘locale’ e la normativa del Regno Unito –, questa verrebbe poi demandata all’attività ermeneutica del *Judicial Committee*.

Si concretizza, in tal modo, un esercizio di *judicial review* del tutto simile a quello della giustizia costituzionale statunitense, posto che il *Judicial Committee* interpreterà il primo tipo di diritto – quello di cui alle regole ‘locali’ fondamentali – in base a criteri conformativi con il secondo – quello di cui alla *Imperial Constitution*.

Nel secondo caso, si può invece verificare la circostanza per cui una Colonia del *Commonwealth* abbia raggiunto le condizioni di indipendenza.

Anche in tal modo, tuttavia, parrebbe confermarsi una funzione interpretativa ‘accentrata’ – e dunque, in favore del diritto promanante dalla *Imperial Constitution* – in capo al *Judicial Committee*, soprattutto grazie alla possibilità di ricorrervi quale Corte di appello di ultima istanza.

La Corte ‘imperiale’, in questo senso, sembrerebbe invero rivestire i panni di una «super Supreme Court»¹⁰⁵, in grado cioè di rendere un’interpretazione autoritativa e cogente del diritto da applicarsi in un territorio dotato di (autonoma) sovranità: un meccanismo, anche sotto questo profilo, simile a quanto accade nei rapporti centro-periferia dell’ordinamento statunitense,

¹⁰³ Peraltro, approvate con un procedimento che ricorda quello della Costituzione federale.

¹⁰⁴ Così L.P. BETH, *The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review*, cit., p. 23. V. anche I. HENDRY, S. DICKSON, *British Overseas Territories Law*, 2nd ed., Hart, Oxford and Portland, 2018.

¹⁰⁵ ID., p. 22.

grazie all'interpretazione costituzionale privilegiata resa dalla *Supreme Court* e all'incidenza di questa sul diritto vigente dei singoli Stati membri.

Entrambe le ipotesi considerate sembrano riportabili a un principio di più ampio respiro, ossia l'esistenza di una stretta correlazione tra soluzioni ordinamentali decentrate e previsione di una *constitutional review* 'accentrata' a garanzia della tenuta di tale decentralizzazione¹⁰⁶.

Non è un caso, del resto, che la maggior parte delle questioni portate all'attenzione del *Judicial Committee of the Privy Council* derivino dai più risalenti Stati federali del *Commonwealth*, Canada e Australia. Così come, parimenti, non è casuale che tutti gli Stati federali sorti in seguito al secondo conflitto mondiale abbiano adottato un meccanismo di *judicial review*.

Una funzione di *judicial review* fondata sull'esistenza di un principio federale non sembra forse poter trovare una diretta trasposizione nel *Commonwealth* britannico¹⁰⁷ – e, pertanto, non sembra potersi fare parola di un preciso parallelismo ordinamentale tra il *Judicial Committee of the Privy Council*, da un lato, e la *Supreme Court* statunitense, dall'altro. Quel che sembra potersi ipotizzare, tuttavia, è l'esistenza – nell'attività interpretativa del primo – di quello che poi è divenuto uno dei principi legittimanti il *judicial review of legislation* statunitense: il principio del *consent* ordinamentale nei confronti di una *higher law* di sistema.

È in parte vero che il *Judicial Committee of the Privy Council* ha da sempre inteso sé stesso come una Corte 'ordinaria', deputata cioè all'applicazione del diritto vigente. È altrettanto vero che quest'ultimo, nell'*Imperial judiciary* britannico, risulta composto di più elementi: il *common law* – gli atti della

¹⁰⁶ Cfr. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., Liberty Classics, Indianapolis, 1964, p. 175 ss.

¹⁰⁷ Non può non ricordarsi come all'idea di una *constitutional review* limitativa del potere legislativo si è sempre contrapposto, nell'ordinamento britannico, il concetto di *parliamentary supremacy*: concetto, quest'ultimo, che il *Judicial Committee of the Privy Council* ha applicato anche ai vari legislativi coloniali, riconosciuti in posizione di primazia al pari del Parlamento inglese e limitati solamente da quanto eventualmente previsto nelle Costituzioni delle Colonie stesse.

Corona, gli atti adottati attraverso prerogative regie, gli atti del Parlamento – e gli atti dei legislativi coloniali.

Quel che assume rilievo, quindi, è il fatto che tutto ciò costituiva, in concreto, una *higher law* ‘costituzionale’, alla quale tutto il sistema del *Commonwealth* ha inteso acconsentire e nei confronti del quale l’interprete di ultima istanza risulta essere il *Judicial Committee of the Privy Council*.

L’unità giuridica ordinamentale del *Commonwealth*, dunque, veniva preservata dal fatto che centro e periferia – Madrepatria e Colonie – dessero alla *Imperial Constitution* un valore di ‘supremazia’ analogo a quello attribuito, nell’ordinamento statunitense, alla Costituzione del 1787.

La supremazia, in conclusione, appare in entrambi i casi in concreto garantita per il tramite di un organo giurisdizionale ‘accentrato’ – rispettivamente, *Judicial Committee* e *Supreme Court* –, legittimato a rendere un’interpretazione privilegiata e unificatrice di questa *higher law* cui l’intero ordinamento ‘consente’.

5. (SEGUE) ...E TENTATIVI DI IMITAZIONE. CIRCOLAZIONE E *LEGAL TRANSPLANTS* ‘DI SISTEMA’ NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Dopo aver indicato il possibile modello da cui la Costituzione statunitense sembra poter attingere per supportare la teorizzazione di un *judicial review* a tratti ‘accentrati’, occorre ora indagare se il modello esemplare degli Stati Uniti d’America sia stato ‘sistematicamente’ imitato da altri ordinamenti costituzionali, ma la cui applicazione concreta abbia per converso condotto alla creazione di sistemi presentanti caratteristiche difformi rispetto a quelle caratterizzanti l’idealtipo classificatorio.

L’attenzione corre principalmente verso l’esperienza costituzionale latino-americana. Infatti, se anche le tradizioni costituzionali dell’America Latina hanno partecipato appieno «del pensamiento filosófico e político del mundo moderno y civilizado»¹⁰⁸, esse si sono caratterizzate per l’aver seguito un

¹⁰⁸ D. GARCIA BALAUDE, *Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Estudios constitucionales*, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 1/2003,

percorso originale, corrente attraverso una differenziazione significativa tra coeva esperienza (coloniale) europea e successive soluzioni costituzionali introdotte nella fase del raggiungimento dell'indipendenza¹⁰⁹.

A favore della proposta di ricerca ipotizzata sta il fatto che le soluzioni costituzionali da ultimo richiamate, a tutta evidenza, siano risultate ampiamente debitorie dello sviluppo giuridico – sia istituzionale, sia giurisprudenziale – dell'ordinamento statunitense¹¹⁰.

Come osservato in precedenza, il costituzionalismo degli Stati Uniti d'America vede i propri tratti caratterizzanti, tra gli altri, in un'organizzazione ordinamentale basata sul federalismo, sul *balance* tra poteri e sul riconoscimento della superiorità del potere costituente rispetto a quelli costituiti. Da ciò derivano i corollari della preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi, nonché dell'ammissibilità di un controllo giudiziario di legittimità costituzionale attraverso il *judicial review of legislation*.

p. 66; H. GROSS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 149 ss.

¹⁰⁹ Sul diritto latino-americano come «periferia del mondo occidentale», v. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 114 ss.

¹¹⁰ Sotto il versante istituzionale, i commentatori si sono spinti a descrivere la Costituzione argentina del 1853 come una «almost copy of the Constitution of the United States»: cfr. R. FITZGIBBON, *Argentina: A Chronology and Fact Book: 1516-1973*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1974. In senso però contrario, v. S.V.L. QUINTANA, *Comparison of the Constitutional Basis of the United States and Argentine Political Systems*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 97, 1949, p. 641 ss. Quanto al profilo giurisprudenziale, si osserva che, volontariamente o meno, anche in un sistema di tradizione di *civil law* quale quello argentino vi è stato un tentativo di porre in essere il principio di *stare decisis*: questa pratica, a testimonianza del 'debito' giuridico nei confronti dell'ordinamento statunitense, fu applicata in un primo momento quasi meccanicamente, attraverso l'utilizzo dei precedenti resi dalla *Supreme Court* nell'interpretare le disposizioni costituzionali statunitensi analoghe a quelle poi trasposte nella Costituzione argentina. Sul punto, v. A.F. GARAY, *Federalism, the Judiciary, and Constitutional Adjudication in Argentina: A Comparison with the U.S. Constitution Model*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 22, 1991, p. 186.

Con riferimento al sindacato di costituzionalità, in America Latina, nella fase storica seguente alle guerre per la conquista dell'indipendenza (1808-1833), una prima scelta organizzativa fu quella di attribuire il compito di vigilare sul rispetto delle norme costituzionali ad organi interni al potere legislativo¹¹¹, ovvero a organi consultivi¹¹², non optandosi dunque per una scelta favorevole ad un organo neutrale rispetto a quelli detentori delle scelte d'indirizzo politico.

Ben più duratura fu la successiva scelta di attribuire detta competenza a un organo modellato sul prototipo statunitense del *judicial review of legislation*, ossia la scelta di un controllo di costituzionalità con i caratteri di un sindacato diffuso, concreto ed eventuale¹¹³.

Nel continente sudamericano, tuttavia, l'influenza del *judicial review of legislation*, legata alla tradizione giuridica di *common law*¹¹⁴, ha dato vita a soluzioni plurali ed eterogenee¹¹⁵.

Una di queste è certamente l'ordinamento costituzionale argentino, caratterizzantesi come quello che, più di altri, ha assorbito (*rectius*, imitato) il modello istituzionale disegnato dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America, così come poi sagomato dalla successiva giurisprudenza interpretativa della *Supreme Court*¹¹⁶.

¹¹¹ Ad esempio, nella Costituzione della Bolivia del 1826, nella Costituzione del Brasile del 1824, nella Costituzione del Perù del 1823, nella Costituzione del Messico del 1836.

¹¹² È quanto previsto nella Costituzione dell'Ecuador del 1851.

¹¹³ Per quanto, in realtà, il peculiare *humus* nel quale il prototipo statunitense è nato e si è sviluppato ha per certi versi ostacolato il suo recepimento in contesti aventi in sé contrastanti culture costituzionali. V. in proposito G. ROLLA, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 3979 ss.

¹¹⁴ Cfr. U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 147 ss.

¹¹⁵ In argomento, v. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, III, *La justicia constitucional en América Latina y España*, Dykinson-Constitucional, Madrid, 2009, p. 112 ss.

¹¹⁶ J.M. MILLER, *Echoes from the South: Argentina's early legislative debates on U.S.-style judicial review*, in *Willamette Law Review*, 2012, p. 473 ss.

Nel processo che portò all'entrata in vigore della Costituzione storica (1853-1860), l'ordinamento argentino optò per una serie di scelte organizzative che lo avvicinano notevolmente all'ordinamento statunitense: in particolare, con la previsione di un decentramento di tipo federale, sul quale si andò a innestare un controllo di costituzionalità di tipo diffuso con al vertice della gerarchia giudiziaria una *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, titolata a porsi quale interprete privilegiata del testo costituzionale¹¹⁷.

L'analisi dell'ordinamento argentino può dunque consegnare un'ulteriore chiave di lettura in favore della possibile rivisitazione dei modelli tradizionali di classificazione della giustizia costituzionale.

Ciò soprattutto attraverso l'evidenza, al suo interno, di taluni temperamenti delle caratteristiche definitorie *mainstream* del modello esemplare imitato.

Partendo dal dato normativo, occorre anzitutto segnalare che l'organizzazione del potere giudiziario viene disciplinata dall'art. 94 della Costituzione storica argentina in modo estremamente simile a quanto previsto nell'art. 3, *section II*, della Costituzione statunitense: anche nell'ordinamento imitante, infatti, tale potere viene suddiviso in una Corte di vertice e in tribunali gerarchicamente inferiori, questi ultimi identificati dal potere legislativo¹¹⁸.

I successivi articoli 100 e 101, inoltre, identificano la giurisdizione della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* e delle Corti inferiori, imitando l'ordinamento statunitense nell'elencazione delle materie sottoposte alla loro cognizione e ponendo la base giuridica per un sindacato di costituzionalità a controllo diffuso¹¹⁹.

¹¹⁷ V. M. ROSTI, *Argentina*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 140-141; L. CASSETTI, *Una riflessione sullo stato attuale della giustizia costituzionale nelle democrazie sudamericane*, in *Focus America Latina*, 19 dicembre 2014, consultabile su www.federalismi.it.

¹¹⁸ Art. 94: «El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciese en el territorio de la Nación».

¹¹⁹ Art. 100: «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del Artículo 67; y por los Tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a

Da un punto di vista genetico, anche il caso argentino – similmente all’ordinamento statunitense imitato – sembra mostrare un *consent* alla diffusione del controllo di costituzionalità per finalità di protezione dell’uniformità giuridica in un ordinamento istituzionalmente decentrato.

La scelta di affidare il controllo alla generalità del potere giudiziario può aver trovato giustificazione, inoltre, nella volontà di tutelare attraverso la via giudiziaria lo Stato di diritto (*rectius*, la divisione dei poteri costituzionalmente previsti), tutelandosi in tal modo le possibili debolezze politico-istituzionali proprie di un ordinamento di recente indipendenza da un passato coloniale ‘forte’.

La previsione di una diffusione del controllo di costituzionalità viene intesa dalla dottrina argentina, altresì, come uno strumento che ha ‘consentito’ il consolidamento della cultura del controllo (giudiziale) sulle scelte del legislatore¹²⁰.

Pur nella parziale difformità del *consent* genetico verso la diffusione del controllo di costituzionalità, ciò che appare comunque accomunare gli ordinamenti imitato e imitatore è la funzione di garanzia del sistema costituzionale ravvisata nella creazione di una Corte posta al vertice della gerarchia giudiziaria quale interprete privilegiata della lettera della Costituzione.

Quel che preme evidenziare, di conseguenza, è che l’imitazione del modello esemplare statunitense – nonché delle sue meccaniche operative – ha

Embajadores, Ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de Almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadanos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero». Art. 101: «En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a Embajadores, Ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente».

¹²⁰ Cfr. sul punto M.M. SERRA, *Control de constitucionalidad en Argentina. Del sistema difuso al concentrado*, in *Focus America Latina*, 19 dicembre 2014, consultabile su www.federalismi.it.

condotto a un'applicazione 'deviante' dalle caratteristiche tradizionalmente attribuite a un sistema a scrutinio diffuso di costituzionalità.

A evidenza di ciò, sta l'intreccio ordinamentale in merito alle problematiche fondanti la giustizia costituzionale.

Sia le problematiche 'legittimanti' il *judicial review of legislation* emerse al momento della pronuncia *Marbury v. Madison*, sia le tendenze 'accentratrici' di una Corte posta al vertice della gerarchia giudiziaria, infatti, si replicarono nello sviluppo interpretativo-giurisprudenziale proprio della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina¹²¹.

Quanto alle prime – e dunque, con riferimento al ruolo della Corte di vertice come *constitutional adjudicator* privilegiato –, ciò si è tradotto nell'analogo tentativo di risoluzione delle questioni connesse alla perimetrazione della giurisdizione delle diverse Corti all'interno dell'ordinamento federale: nell'interpretazione del dato costituzionale argentino, infatti, l'esegesi dell'art. 100 della Costituzione storica ad opera della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* è stata giustificata prendendo a riferimento i *constitutional case law* relativi all'interpretazione che la *Supreme Court* ha offerto in merito all'applicazione dell'art. 3, *section II*, della Costituzione statunitense¹²².

Ma è soprattutto con riferimento all'attività decisionale della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* analoga a quella della *Supreme Court* quale *final interpreter of the Constitution* che si ravvisa la più evidente 'rottura' dei modelli tradizionali di classificazione della giustizia costituzionale.

¹²¹ G.J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 451; W.F. CARNOTA, *La mixtura del control de constitucionalidad argentino*, in *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 1/2006, p. 45 ss.

¹²² È la stessa *Corte Suprema de Justicia de la Nación* che, in una delle prime decisioni, statui in merito all'evidenza che i *framers* della Costituzione argentina cercarono di imitare la Costituzione statunitense e, conseguentemente, i principi costituzionali e i *case law* da quest'ultima desumibili: cfr. *funditus* cap. V, § 3, 4 e 5.

Questa considerazione appare supportata da una tendenza ‘accentratrice’ che si estende sull’intero arco temporale di esistenza e di attività della *Corte Suprema de Justicia de la Nación*.

Una prima tendenza all’accentramento del controllo prende le mosse dall’esistenza di decisioni nelle quali la Corte, nel tempo, si è confrontata con il problema della vincolatività dei propri precedenti nei confronti delle Corti inferiori.

Seppur attraverso potenziali contraddittorietà in alcune conclusioni, quel che ne emerge – in virtù di una sorta di *endorsement* al principio di *stare decisis* proprio della tradizione giuridica di *common law* – è l’esplicitazione di un ‘primato interpretativo’ (costituzionale) in capo alla Corte di vertice, giungendosi a ravvisare in taluni casi l’inadeguatezza e la conseguente contestabilità di una decisione resa da una Corte inferiore in senso contrario a un precedente espresso dalla *Corte Suprema de Justicia de la Nación*¹²³.

Va precisato che nei rapporti ‘interni’ alla gerarchia giudiziaria tale primato interpretativo sembra dimostrare taluni atteggiamenti ondivaghi¹²⁴. Per converso, esso sembra però legittimare l’accentramento del sindacato di costituzionalità nel momento in cui si faccia riferimento al ruolo di *final interpreter of the Constitution* della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* nei confronti degli altri poteri ordinamentali.

Un esempio pratico, in tal senso, è portato dall’esistenza di talune decisioni le cui conseguenze teorico-pratiche ricadono direttamente sull’essenza stessa del controllo di costituzionalità argentino – un tipo di controllo, si ricorda, teorizzato come diffuso, concreto ed eventuale¹²⁵.

¹²³ In un percorso che corre, ad esempio, da Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Videla c/Garcia Aguilera*, 9 Fallos 53 (1870) a Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo*, 307 Fallos 1094 (1985).

¹²⁴ V. *funditus* A.F. GARAY, *Federalism, the Judiciary, and Constitutional Adjudication in Argentina: A Comparison with the U.S. Constitution Model*, cit., p. 185 ss.

¹²⁵ Un esempio è dato da Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mignone*, 325 Fallos 524 (2002). La vicenda – riguardante l’incostituzionalità dell’art. 3, inciso d, del *Código Electoral* argentino – prese le mosse dalla presentazione di un *recurso de amparo*, in seguito al quale la prima istanza giuridica federale rigettò la domanda di incostituzionalità. Successivamente

Se, sulla scorta del modello esemplare imitato, una decisione di incostituzionalità dovrebbe infatti comportare la sola riconducibilità *inter partes* degli effetti della decisione¹²⁶, si possono ravvisare dei casi in cui la decisione, invece, manifesta vividamente una vocazione espansiva della sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità, posto che la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* è giunta, ad esempio, a esortare gli organi politici competenti ad implementare in un dato termine un diritto riconosciuto in via giudiziale¹²⁷.

Vi sono, dunque, casi nei quali viene dilatata la portata dell'effettività della dichiarazione di incostituzionalità, secondo uno schema tipico – l'efficacia *erga omnes* – delle decisioni proprie delle Corti costituzionali nei sistemi a scrutinio di costituzionalità accentrato.

Una considerazione si rende quindi necessaria: se ciò che viene imitato dall'ordinamento argentino è il sistema di giustizia costituzionale statunitense; se quest'ultimo viene tradizionalmente classificato come un sistema a controllo di costituzionalità di tipo diffuso; se, tuttavia, ciò che viene concretamente imitato è un sistema a forti tratti accentrati; da tutto ciò

all'impugnazione di quest'ultima decisione, la *Cámara Nacional Electoral* recepì invece la dedotta incostituzionalità della norma. Tuttavia, il giudice, nell'accogliere la domanda, modulò tale dichiarazione subordinandone l'effettività al volere degli organi politici statali, sui quali incombeva l'onere della regolamentazione pertinente per fronteggiare ed espungere dall'ordinamento positivo la violazione riscontrata. Sull'assunto secondo il quale il diritto così riconosciuto non veniva però riconosciuto come effettivo, in quanto demandato a una successiva attuazione per via legislativa, venne infine presentato un ricorso straordinario alla *Corte Suprema de Justicia de la Nación*.

¹²⁶ Cfr. M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (cur.), *Tipologie ed effetti delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Esi, Napoli, 2014, p. 5 ss.

¹²⁷ «Corresponde urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y en este marco, esta Corte considera prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses».

sembra derivare che la diffusione del controllo non risulta essere il carattere ‘portante’ della giustizia costituzionale statunitense.

Prima facie, grazie alla potenziale efficacia ‘vincolante’ delle proprie decisioni (di incostituzionalità) nei confronti delle Corti inferiori, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* appare replicare la *Supreme Court* nella sua attività di *constitutional adjudicator* privilegiato (*rectius*, accentrato) in un ordinamento istituzionalmente diffuso.

Tuttavia, non può ignorarsi che tale ultimo aspetto – ossia l’effettiva portata, nell’ordinamento costituzionale argentino, di *stare decisis* – ha risentito notevolmente del ‘disordine istituzionale’ che ne ha caratterizzato il corso della storia. Questa situazione spesso conflittuale, infatti, si è dimostrata in grado di causare non pochi scostamenti in merito a basilari principi quali l’autorità delle sentenze della Corte di vertice, il rispetto della gerarchia all’interno del potere giudiziario, ovvero l’effettiva divisione dei poteri per come risultante da una Costituzione scritta.

Re melius perpensa, l’accentramento della giustizia costituzionale argentina sembra allora risiedere nell’imitazione di quel *consent* ordinamentale alla creazione di una Corte di vertice posta a garanzia della Costituzione quale *supreme law*¹²⁸. Detto altrimenti, l’imitazione di un sistema a sindacato di costituzionalità istituzionalmente diffuso – quello statunitense – si è materialmente concretizzato nella trasposizione di un sistema a tratti accentrati – quello argentino – in virtù del fatto che ciò che viene imitato, ad attenta lettura, si caratterizza per essere un sistema la cui tenuta è garantita dall’esistenza di una Corte di vertice deputata ad essere *final interpreter of the Constitution*: si tratta, in sintesi, dell’imitazione di un sistema di giustizia costituzionale a funzionamento accentrato.

¹²⁸ Art. 31: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859».

Grazie al *legal transplant* ‘ordinamentale’¹²⁹, in definitiva, l’analisi dell’ordinamento argentino mostra come il tratto caratterizzante il modello esemplare di giustizia costituzionale statunitense non risieda tanto nella diffusione del controllo, bensì nella funzione di garanzia del sistema consentita solamente per il tramite da una Corte di vertice posta a salvaguardia dell’ordinamento costituzionale. E ciò, in senso difforme rispetto alla classificazione *mainstream*.

In ultima analisi, a ben vedere, la diffusione del controllo si pone dunque quale corollario applicativo di un’omogeneità ordinamentale fondata su di una Costituzione avente il valore di *supreme law*, la cui tutela viene però principalmente demandata alla sua interpretazione – in senso accentrato – datane da una Corte (‘costituzionale’) di vertice.

¹²⁹ V. *ex multis* A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit.; ID., *Legal Transplants and Law Reform*, in *Law Quarterly Review*, 92, 1996, pp. 79-81. Sul tema, altresì, cfr. anche la prospettiva adottata da M. SIEMS, *Malicious Legal Transplants*, in *Legal Studies*, 38, 1, 2018, p. 2 ss.

CAPITOLO II

ALLA RICERCA DEL CENTRO.

I LASCITI DELL' *ADJUDICATION* COLONIALE NEL *DRAFTING* DELLA COSTITUZIONE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

SOMMARIO:

1. Ripensando la modellistica tradizionale dei sistemi di giustizia costituzionale. – 2. Precedenti coloniali e origini storiche del *Judicial Review of Legislation* statunitense. – 3. (segue) *Colonial Judiciary*, sovranità popolare e *Higher Law*. I dettami di Sir Edward Coke negli Stati Uniti rivoluzionari. – 4. Un (incolpevole) silenzio costituzionale? Il *Judicial Review of Legislation*, applicazione istituzionale del *background* culturale. – 5. «Hanging Marbury»: la (parziale) rilettura del 'mito' delle origini. – 6. Dalla separazione dei poteri al federalismo: l'applicazione 'a preferenza' della Costituzione a difesa della Nazione.

1. RIPENSANDO LA MODELLISTICA TRADIZIONALE DEI SISTEMI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Se, come noto, la comparazione giuridica muove dall'identificazione delle somiglianze e delle differenze sussistenti tra ordinamenti e istituti facenti parte di questi, è altrettanto certo che essa non possa essere ridotta a un mero raffronto di norme positive, condotta in base a un'analisi puramente descrittiva del diritto vigente¹³⁰.

¹³⁰ La comparazione giuridica ha spesso, in passato, sofferto di *amateurism*, portando conseguentemente parte della dottrina a interrogarsi sui motivi per i quali «... the formalism that defines all legal knowledge only looks amateuristic within the context of comparative law where the same analytical moves serve, in other contexts, as the prototype of serious legal scholarship ...»: A. RILES, *Enconteuring Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism*, in A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, p. 125. Sul tema, cfr. anche G. SAMUEL, *Taking Method Seriously (Part One)*, in *Journal of Comparative Law*, 2007, p. 94 ss.

Così ragionando, lo studio del diritto sembrerebbe governato dalla deferenza verso il diritto costituzionale formale come vera *auctoritas*¹³¹: l'approccio metodologico che qui si sottopone a critica, in particolare, «attempts to find an answer to the question about how law *ought* to be interpreted»¹³².

Nell'analisi di un determinato istituto giuridico, la ricerca comparata richiede invece di andare oltre la *deference* al testo scritto. Nel considerare il ruolo svolto dal contesto entro cui una norma si pone, diventa così possibile valutare e approfondire le eventuali differenze rese da una proposta metodologica 'normativa'¹³³.

Le classificazioni tradizionali dei sistemi di giustizia costituzionale riflettono chiaramente la problematica evidenziata, restituendo una modellistica rispetto alla quale è opportuna una, quanto meno parziale, rivisitazione¹³⁴.

Uno degli elementi pertinenti attraverso i quali sono stati classificati i sistemi di giustizia costituzionale muove invero da una precisa scelta metodologica 'normativa'¹³⁵, la quale enfatizza la posizione monopolista o meno degli

¹³¹ Cfr. G. SAMUEL, *Taking Method Seriously (Part One)*, cit., pp. 116-118. L'A. evidenzia come, secondo questa impostazione, l'oggetto della ricerca sia il testo e la principale domanda cui dare risposta sarebbe quale significato attribuire a esso. L'esempio pratico di disciplina soggetta a questo orientamento è ravvisato nella teologia, dove l'enfasi viene posta sull'interpretazione di quelli che vengono considerati quali testi sacri.

¹³² Così J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., p. 31.

¹³³ Per dei recenti approcci in tema metodologico, si vedano *ex multis* M. VAN HOECKE (ed.), *Methodology of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011; P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012; S. BAGNI, *Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive*, in *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, cit., p. 12.

¹³⁴ Ciò a partire dalla considerazione secondo la quale un'operazione classificatoria dovrà essere sottoposta al vaglio critico qualora la modellistica ottenuta – *law in books* – non corrisponde alla realtà – *law in action*.

¹³⁵ *Ex multis*, cfr. G. TUSSEAU, voce *Classificazioni*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., p. 41 ss., secondo il quale «uno degli obiettivi della comparazione giuridica consiste nell'ordinare in modo razionale gli oggetti comparati». Altresì v. A. MARRADI, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, II, Treccani, Roma, 1992, p. 22 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die*

organi giurisdizionali deputati a dirimere le questioni di costituzionalità¹³⁶. In tal senso, viene in rilievo la classica dicotomia tra sistemi di controllo *accentrato*, da un lato, e di controllo *diffuso*, dall'altro¹³⁷.

Tuttavia, utilizzando il metodo funzionale¹³⁸ è possibile andare oltre l'*auctoritas* formale delle disposizioni costituzionali (e della loro

Rechtsvergleichung, I, *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns, Köln, 1971, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, R. FAVALE (cur.), cit., p. 223 ss.; U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997, p. 69 ss.; P.G. MONATERI, *Critique et différence: le droit comparé en Italie*, in *Revue internationale de droit comparé*, 4, 1999; H. GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Tradition*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 437 ss.

¹³⁶ Si osserva che gli elementi pertinenti utili per una classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale potrebbero essere anche altri: vi può essere, ad esempio, una classificazione degli ordinamenti giuridici basata sulle funzioni svolte delle Corti costituzionali; sull'ampiezza del parametro di costituzionalità; sull'oggetto del controllo; sulle modalità di accesso; sulle qualità dei soggetti coinvolti. In dottrina, cfr. G.F. FERRARI, *Le forme di controllo di costituzionalità "anomale"*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, p. 351 ss.; S. BALDIN, *Il rilievo giurisprudenziale delle funzioni sussidiarie delle corti costituzionali in Europa centrale e orientale*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 13, 2013, p. 1 ss.; S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei "modelli" costituzionali*, Clueb, Bologna, 2007.

¹³⁷ Cfr. nt. 10 e 13.

¹³⁸ Definito come il «basic methodological principle of comparative law ... [from] this basic principle that stem all the other rules which determine the choice of law to compare, the scope of the undertaking, the creation of a system of comparative law, and so on»: cfr. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 34, trad. it. *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, I, Giuffrè, Milano, 1998. *Contra*, però, cfr. G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, p. 411 ss., e R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 339 ss. V. altresì J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 118-127; M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., pp. 37-39.

interpretazione), considerando con più attenzione il contesto entro il quale le regole giuridiche devono operare¹³⁹.

Non apparirà strano se l'analisi dei concreti meccanismi operativi della giustizia costituzionale restituirà un modello – quello del *judicial review of legislation* statunitense – che si discosta da quello ritenuto esemplare per gli ordinamenti che praticano uno scrutinio di costituzionalità di tipo diffuso¹⁴⁰.

Tale ragionamento si pone nel solco di quella dottrina che ha operato una rivalutazione dei modelli esemplari di classificazione della giustizia costituzionale¹⁴¹, tradizionalmente identificati nel *judicial review of legislation* statunitense e nella *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana¹⁴².

Questa dicotomia assume un peculiare elemento discreitivo, e cioè l'identificazione del soggetto titolare della funzione di controllo di conformità costituzionale dell'atto scrutinato: tutti i giudici dell'ordinamento, in un caso; uno specifico organo *ad hoc* appositamente creato, nell'altro.

Il primo dei sistemi indicati evidenzia la propria *diffusione* nel fatto che tutti gli organi giurisdizionali dell'ordinamento sono competenti a esercitare lo

¹³⁹ V. G. SAMUEL, *Taking Method Seriously (Part Two)*, in *Journal of Comparative Law*, 2, 2007, p. 220.

¹⁴⁰ Cfr. G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 170 ss. «Un modello può affermarsi per la sua corrispondenza con la percezione della realtà dell'osservatore, oppure grazie alla sua coerenza interna, relativa alle qualità degli oggetti e delle relazioni indagate, o perché è particolarmente apprezzato dalla comunità scientifica»: così L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 164-165. V. altresì G. SAMUEL, *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*, in M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Portland, 2004, p. 43 ss.; A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 27 ss.

¹⁴¹ Si può leggere, ad esempio, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 47-49. La tendenza convergente tra i due modelli anzidetti è circostanza in grado di condurre a un «breakdown of old dichotomies»: v. M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, cit., p. 1053.

¹⁴² Su tale dicotomia, v. in particolare P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit.

scrutinio relativo alla compatibilità di un atto normativo con il dato costituzionale. Caratteristiche definitorie tradizionali dello stesso sono rappresentate dal carattere concreto del controllo, dall'efficacia *inter partes* della decisione resa e dal valore dichiarativo di quest'ultima – ovvero, con effetti *ex tunc*.

Il secondo modello mostra la *concentrazione* del controllo di costituzionalità nell'attribuire lo stesso solamente in capo ad un unico e speciale organo giurisdizionale istituito *ad hoc*. In questa ipotesi, la classificazione tradizionale ne identifica i caratteri peculiari nell'astrattezza dello scrutinio, nell'efficacia *erga omnes* della decisione e nel valore costitutivo di questa con effetti *ex nunc*.

Se l'utilità didattica di questa dicotomia è indubbia, la rivisitazione della classificazione tradizionale dei sistemi di giustizia costituzionale può altrettanto riportarsi. In questa sede, tale rivalutazione muove necessariamente dai principi e dal *background* propri della famiglia giuridica di appartenenza, quella di *common law*.

Nell'esperienza statunitense il concetto di supremazia della Costituzione si è manifestato attraverso un processo che origina dalla concezione di un diritto superiore¹⁴³, trovando poi concreta attuazione positiva con i principi del costituzionalismo alla fine del XVIII secolo¹⁴⁴.

¹⁴³ J. LOCKE, *Essays on the Law of Nature*, W. VON LEYDENS (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1954.

¹⁴⁴ J.A. CRANE, *Natural Law in the United States*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 6, 3, 1940, p. 143 ss.; E.S. CORWIN, *Natural Law and Constitutional Law*, in *Natural Law Institute Proceedings*, 3, 1950, p. 45 ss.; E. JR. VIEIRA, *Rights and the United States Constitution: The Declension from Natural Law to Legal Positivism*, in *Georgia Law Review*, 13, 4, 1979, p. 1447 ss.; R.A. EPSTEIN, *The Utilitarian Foundations of Natural Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 12, 1989, p. 713 ss.; R. KIRK, *Natural Law and the Constitution of the United States*, in *Notre Dame Law Review*, 69, 5, 1993-1994, p. 1035 ss.; R.A. EPSTEIN, *The Natural Law Influences on the First Generation of American Constitutional Law: Reflections on Philip Hamburger's Law and Judicial Duty*, in *Journal of Law, Philosophy and Culture*, 6, 2011, p. 103 ss.

Sin dalle prime esperienze costituzionali degli Stati indipendenti nordamericani è stata forte l'affermazione del principio della legge naturale, attraverso il riconoscimento dell'esistenza di diritti originali appartenenti al popolo. Previsti – seppur spesso in via di mero principio – sin dai primi testi costituzionali via via redatti, essi generalmente non potevano essere limitati nemmeno ad opera del potere legislativo dei singoli Stati.

Sulla base di questo *background* valoriale, risulta coerente l'impostazione teorico-giuridica posta alla base della Costituzione statunitense del 1787, secondo cui la supremazia normativa del Parlamento – caratterizzante l'esperienza dell'ordinamento giuridico dell'Inghilterra, prima, e del Regno Unito, poi¹⁴⁵ – non poteva più essere considerata un principio assoluto.

Questo concetto è stato poi rafforzato dall'operazione interpretativa della stessa Costituzione ad opera della giurisprudenza, nello specifico attraverso le parole della decisione che tradizionalmente è ritenuta la genesi del 'mito' della giustizia costituzionale statunitense¹⁴⁶:

¹⁴⁵ Su tutti, SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, in T.M. COOLEY (ed.), *Blackstone's Commentaries*, 1, 4th ed., Callaghan & Co., Chicago, 1889, pp. 91 e 160: «[Parliament] hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. ... If the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power ... to control it: and the examples usually alleged in support of this sense of the rule do none of them prove, that, where the main object of a statute is unreasonable, the judges are at liberty to reject it; for that were to set the judicial power above that of the legislature, which would be subversive of all government». V. anche C.H. MCILWAIN, *High Court of Parliament and Its Supremacy: An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England*, Yale University Press, New Haven, 1910, p. 336 ss.; SIR J. FORTESCUE, *De Laudibus Legum Anglie*, 1470, S.B. CHRIMES (ed. e trad.), Cambridge University Press, Cambridge, 1949, p. 87 ss.

¹⁴⁶ L'espressione allude espressamente all'opera di B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*: cfr. nt. 34.

«The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act»¹⁴⁷.

Nel rimeditare le categorie comparatistiche della giustizia costituzionale, l'esperienza degli Stati Uniti d'America è davvero centrale: la Rivoluzione francese, infatti, restituisce all'Europa continentale il principio della supremazia della legge come espressione della volontà generale, anziché dell'autorità 'sovraordinata' del testo costituzionale.

Questa diversa impostazione ha inciso direttamente sulla genesi dell'altro 'mito' della narrativa delle origini dei modelli esemplari di giustizia costituzionale, l'esperienza della *Verfassungsgerichtsbarkeit* di matrice kelseniana¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cfr. nt. 4.

¹⁴⁸ Quest'ultima concezione, va precisato, si sviluppa in seguito a un dibattito sul ruolo della giustizia costituzionale che trova delle precedenti impostazioni dogmatiche, ad esempio, nelle teorizzazioni di Jellinek – secondo cui, nell'ambito delle garanzie giuridiche, doveva essere previsto che il giudice avesse l'obbligo di esaminare leggi e ordinanze dal punto di vista della loro validità –, o di Duguit – per il quale le garanzie costituzionali implicano la creazione di un sistema che deve portare ad evitare l'applicazione di una legge contraria ai principi di libertà, in questo senso auspicando l'introduzione in Francia di un modello di controllo di costituzionalità analogo a quello sviluppatosi negli Stati Uniti d'America. V. su queste tematiche S. BRIE, *Zur Theorie des constitutionellen Staatsrechts*, Archive des öffentlichen Rechts, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Vol 4, 1889; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin, 1914; G. GAVET, *Individualism and Realism*, in *The Yale Law Journal*, 29, 6, 1920, p. 643 ss.; R.K. GOOCH, *Modern French Views of the Doctrine of*

Una delle più evidenti differenze del modello kelseniano rispetto al modello affermatosi negli Stati Uniti d'America – vale a dire, l'accentramento del controllo delle questioni di (in)costituzionalità – radica la propria ragion d'essere nei principi e nel *background* del contesto storico e sociale dell'epoca, prima ancora che nel semplice dato normativo. Nel costituzionalismo *fin de siècle* e in quello *entre-deux-guerres*, il monopolio che il Tribunale costituzionale kelseniano avrebbe dovuto assumere in riferimento al controllo di costituzionalità disvela un atteggiamento di diffidenza nei confronti del potere giudiziario (ritenuto troppo deferente nei confronti dell'esecutivo) e, per converso, avvicina la Corte di vertice – quale *negativ Gesetzgeber* – all'attività propria del potere legislativo.

L'impostazione si pone in chiara antitesi rispetto alle basi teoriche giustificative del costituzionalismo nordamericano, il quale trova invece la sua ragion d'essere nell'assoluta fiducia riposta negli organi del potere

Separation of Powers, in *Political Science Quarterly*, 38, 4, 1923, p. 578 ss.; R. BONNARD, *The Doctrine of Duguit on Law and State*, in *China Law Review*, 4, 6, 1930, p. 193 ss.; A.V. SÁNCHEZ URRUTIA, *La fuerza de la Constitucion y la Constitucion de la fuerza*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 37, 1993, p. 313 ss.; S. HOBE, *Statehood at the End of the 20th Century – The Model of the Open State: A German Perspective*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2, 2, 1997, p. 127 ss.; A. CHANOS, *Zur Gegenwartigen Bedeutung des Dogmatischen Rechtsdenkens von Georg Jellinek*, in *Rechtstheorie*, 30, 3, 1999, p. 355 ss.; K. DUNCAN, *Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and State*, in *Law and History Review*, 22, 3, 2004, p. 493 ss.; L. DUGUIT, *Traite de Droit Constitutionnell*, Gale Publisher, Farmington Hills, 2013, p. 35 ss. Va anche precisato che nell'elaborazione dottrinale kelseniana non sembra vi fosse piena cognizione del funzionamento del *judicial review of legislation* statunitense, quanto, piuttosto, è possibile che i principali riferimenti fossero il modello svizzero e quello del Tribunale dell'Impero: v. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 54, il quale richiama a sua volta K. VON BEYME, *The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems*, in C. LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation (An International Comparison)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, p. 29, secondo cui «Kelsen built on the tradition of the Imperial Court, which he developed further into a genuine constitutional court».

giudiziario, l'unico riconosciuto in grado di garantire un argine al rischio rappresentato dall'assolutismo parlamentare.

Questo perché il sistema giuridico statunitense evolve dall'esperienza politica antecedente l'indipendenza, consistente in un insieme di Colonie sottoposte al *ruling* di concessioni 'imperiali' garantite dalla Corona britannica: sin dall'epoca coloniale, vi è dunque l'esistenza di un diritto *sovraordinato*.

Quando vagliato dalle Corti – tanto da quelle coloniali, quanto da quelle della gerarchia giudiziaria inglese –, questo aggregato organico di concessioni veniva infatti concepito alla stregua di *higher law*, vincolante gli organi legislativi nordamericani e prevalente sugli atti da questi ultimi posti in essere sino al punto da renderli eventualmente invalidi – perché *ultra vires* – quando contrastanti con esso¹⁴⁹.

Nel momento in cui tale sistema venne sostituito dalle Costituzioni dei singoli Stati, il meccanismo ha seguito a funzionare in maniera analoga: il termine *unconstitutional* ha sostituito l'espressione *ultra vires*, ma la logica di *sovraordinazione* rimase la medesima¹⁵⁰.

Non deve però stupire se la Costituzione federale del 1787 non ha poi previsto alcuna disposizione espressamente dedicata al meccanismo del *judicial control*, limitandosi a dichiarare sé stessa come *supreme law* dell'ordinamento¹⁵¹.

Questo perché il costituzionalismo statunitense coniuga in senso 'positivo' il concetto del giudice che *scopre* il diritto, derivato dalla tradizione giuridica di *common law*: una norma contraria alla Costituzione è nulla *ab initio*, non

¹⁴⁹ V. D.O. MCGOVNEY, *The British Origins of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Review*, 93, 1, 1944, p. 1 ss.; J.H. SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantation*, Columbia University Press, New York, 1950.

¹⁵⁰ Cfr. E.S. CORWIN, *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, XLII, 2, 1928, pp. 371-372. Analogamente, J.A.C. GRANT, *Judicial Control of Legislation. A Comparative Study*, in *American Journal of Comparative Law*, 3, 1954, p. 189.

¹⁵¹ Art. VI, U.S. Constitution: «... This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land ...».

divenendo inapplicabile perché dichiarata incostituzionale da una Corte, ma perché quest'ultima, al contrario, non potrà applicarla in quanto non conforme al dettato costituzionale.

Questa continuità logico-giuridica nel passaggio da un ordinamento coloniale all'ordinamento degli Stati Uniti d'America conduce a una rivisitazione del 'mito' fondativo della giustizia costituzionale statunitense a far data da *Marbury v. Madison*, conducendo a ricercare nel periodo precedente l'indipendenza gli eventuali indizi di tale fondazione.

2. PRECEDENTI COLONIALI E ORIGINI STORICHE DEL *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION* STATUNITENSE

Come s'è evidenziato nel paragrafo precedente, nell'ordinamento statunitense il potere delle Corti di sindacare la conformità a Costituzione di un atto normativo viene comunemente fatto risalire alle parole del *Chief Justice* John Marshall in *Marbury v. Madison*: «[it is] the province and duty of the judicial department to say what the law is»¹⁵².

Che *Marbury v. Madison* possa essere definito il punto di partenza del *judicial review of legislation*, tuttavia, è argomento oggetto di ampio dibattito¹⁵³.

¹⁵² Cfr. nt. 4.

¹⁵³ La letteratura sugli sviluppi del *judicial review* nell'ordinamento statunitense è a dir poco vasta. Si possono indicare, senza presunzione di completezza: B. COXE, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, Kay & Brother, Philadelphia, 1893; F.E. MELVIN, *The Judicial Bulwark of the Constitution*, in *American Political Science Review*, 8, 1914, p. 167 ss.; C. WARREN, *Congress, the Constitution, and the Supreme Court*, Little, Brown, 1925; C.G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley, 1932; C. WARREN, *The First Decade of the Supreme Court of the United States*, in *University of Chicago Law Review*, 7, 1940, p. 631 ss.; W.W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1980; L.V. LEVY, *Original Intent and the Framers' Constitution*, Macmillan, New York, 1988; J.M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe: The Origins of Judicial Review in America*, Greenwood Press, Westford, 1989; D. ALFANGE JR., *Marbury v. Madison and Original Understanding of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom*, in *The Supreme Court Review*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, p. 329

Parte della dottrina sostiene che taluni elementi di *judicial review* siano presenti «... in the thoughts of the patriots, the words of the Founders, and the actions of the states»¹⁵⁴; altra, invece, evidenzia di tale meccanismo una progressione per gradi, che corre dagli anni della Rivoluzione sino alla decisione della *Supreme Court* del 1803¹⁵⁵; altra, infine, contesta l'idea che il *judicial review* fosse stato considerato nei primi anni fondativi della Nazione, obiettando che esso iniziò a operare solamente in seguito a un lungo periodo di gestazione nel quale diversi fattori contribuirono al definitivo superamento del principio britannico della supremazia parlamentare¹⁵⁶.

A prescindere dalle diverse impostazioni sulla collocazione temporale e sulla genesi di tale meccanismo di contorno, occorre domandarsi perché, nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico statunitense, si guardò alle Corti come agli organi in grado di imporre delle restrizioni operative – e finanche interpretative – ai restanti poteri.

Ci si chiede, in altre parole, quale circostanza fece sì che il potere giudiziario divenisse 'mediatore' tra i poteri politici rappresentativi e la volontà popolare. A tale riguardo, si è sostenuto che,

ss.; J. HARRISON, *The Constitutional Origins and Implication of Judicial Review*, in *Virginia Law Review*, 84, 1998, p. 333 ss.; J.M. LYNCH, *Negotiating the Constitution. The Earliest Debates over Original Intent*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1999; W.E. NELSON, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2000; M.P. HARRINGTON, *Judicial Review before John Marshall*, in *The George Washington Law Review*, 72, 2003, p. 51 ss.; W.M. TREANOR, *Judicial Review before 'Marbury'*, in *Stanford Law Review*, 58, 2, 2005, p. 455 ss.

¹⁵⁴ A.V. BAKER, "So Extraordinary, So Unprecedented an Authority": A Conceptual Reconsideration of the Singular Doctrine of Judicial Review, in *Duquesne Law Review*, 39, 2001, p. 729.

¹⁵⁵ S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 1990.

¹⁵⁶ J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, in *Stanford Law Review*, 49, 5, 1997, p. 1031 ss.; G.S. WOOD, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, in *Washington & Lee Law Review*, 56, 1999, p. 787 ss.

«The sources of something as significant and forbidding as judicial review ... never could lie in the accumulation of a few sporadic judicial precedents, or even in the decision of *Marbury v. Madison*, but had to flow from fundamental changes taking place in the Americans' ideas of government and law»¹⁵⁷.

Volgendo lo sguardo ad esperienze debitorie del medesimo sostrato giuridico-culturale di *common law*, l'affidamento al potere giudiziario di un potere così penetrante non avvenne nemmeno nel Regno Unito, in seguito alla *Glorious Revolution* del 1688.

Né la diversa architettura istituzionale – monarchia costituzionale e Costituzione non codificata, da un lato; Repubblica presidenziale e Costituzione scritta, dall'altro – di per sé dà conto del perché gli Stati Uniti d'America abbracciarono sin dal principio i meccanismi operativi del *judicial review* quale strumento portante per il mantenimento di un *limited government*.

Le basi del pensiero che successivamente è evoluto nel *judicial review* statunitense, in ogni caso, affondano le proprie radici proprio nel Regno Unito. In particolare, grazie a Sir Edward Coke – *Chief Justice* della *Court of Common Pleas* – e alle sue parole contenute nel *Bonham's Case* del 1610:

«When an Act of Parliament is against Common Right and Reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controul it, and adjudge such Act to be void»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Così G. WOOD, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 793.

¹⁵⁸ 8 Co. Rep. 114a, 118a (1610). V. ex multis F.T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, 40, 1, 1926, p. 30 ss.; R. BERGER, *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 117, 1969, p. 526 ss.; R.H. HELMHOLZ, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of Legal Analysis*, 1, 2009, p. 326 ss.

A ben vedere, si tratta di una statuizione secondo la quale i giudici devono rifiutarsi di dare efficacia a un atto del Parlamento che ritengano contrario ai principi fondamentali del *common law*. Si fa parola di un «Moral law, called also the Law of Nature», operante alla stregua di *higher law* e in grado di limitare il potere di produzione normativa¹⁵⁹.

Se il riconoscimento dell'esistenza di un *nature law* quale *higher law* poteva forse non rappresentare una novità teorica¹⁶⁰, l'innovazione fu però rappresentata dal riconoscimento alle Corti del potere di garantirne la supremazia normativa sugli altri atti posti in essere dai restanti poteri dell'ordinamento.

Sembra essere proprio questo principio di garanzia quello che venne trasmesso alle Colonie britanniche del Nord America e, in seguito all'indipendenza, a legittimare il *judicial review of legislation* quale metodo di risoluzione di *constitutional issues* da parte delle Corti statunitensi.

Sul punto, emblematica è la ricognizione operata da attenta dottrina¹⁶¹ in merito all'applicazione nelle colonie nordamericane, in epoca antecedente alla Dichiarazione d'Indipendenza, del medesimo *reasoning* reso celebre da *Justice Coke*.

Vengono riscontrati degli espliciti riferimenti ad esso in alcune statuizioni rese da diverse Corti coloniali. Nella decisione *Giddings v. Browne*, ad esempio, riecheggia il modello esemplare di Coke:

¹⁵⁹ Anche William Blackstone, pur affermando enfaticamente la dottrina dell'onnipotenza parlamentare, richiama l'importanza del *nature law*, affermando come «No human laws are of any validity, if contrary to this»: v. SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, cit., p. 41.

¹⁶⁰ V. in particolare E.S. CORWIN, *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, cit., p. 149 ss. Altresì, M. CAPPELLETTI, *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 55-57; R.H. HELMHOLZ, *Judicial Review and the Law of Nature*, in *Ohio Northern University Law Review*, 39, 2013, p. 417 ss.; L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 15-17.

¹⁶¹ Cfr. D.O. MCGOVNEY, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, cit., p. 3 ss.

«... *It is against a fundamental law in nature to be compelled to pay that which others doe give ... Where a law is ... repugnant to fundamentall law, it's voyd ...*»¹⁶².

Non diversamente si esprime il *Paxton's Case of the Writ of Assistance*:

«... *As to Acts of Parliament an Act against the Constitution is void; an Act against natural Equity is void; and if an Act of Parliament should be made, in the very Words of this Petition, it would be void. The Executive Courts must pass such Acts into disuse ...*»¹⁶³.

L'impostazione appare poi ripetuta tralaticciamente in altre due decisioni di poco successive. In *Robin v. Hardaway* si afferma che «... all acts of legislature apparently contrary to natural right and justice, are, in our laws, and must be in the nature of things, considered as void ...»¹⁶⁴, mentre in *Ham v. M'Claws*, si legge che «... Statutes made against common right and reason, are void ... So statutes made against natural equity are void; so also are statutes made against Magna Charta ...»¹⁶⁵.

Notevole, dunque, è la (capillare) penetrazione nel sistema dell'idea secondo cui sia competenza delle Corti coloniali – nel proprio ruolo di *cases adjudicators* – quella di invalidare un atto normativo, se e quando contrario al *natural law*.

Il problema divenne pertanto quello di stabilire sino a che punto le stesse Corti potessero spingersi nell'esercizio di tale compito, senza che da ciò ne potesse derivare una loro discrezionalità incontrollata nella possibilità di porre limiti all'attività normativa del legislatore.

L'approdo del sistema giuridico statunitense è stato quella della metamorfosi dell'idea di *higher law* sotto la forma di una *written Constitution*, e tale

¹⁶² Rep. 2 Hutchinson Papers I (1657).

¹⁶³ Quincy 51, 474 (Mass. 1761).

¹⁶⁴ Jefferson 109, 114 (Va. 1772).

¹⁶⁵ I Bay 93, 96, 98 (S.C. 1789).

soluzione permise di rimuovere l'incertezza per le Corti nel muoversi entro – e per tutelare – i non sempre nitidi contorni del *natural law*.

Ma anche tale risultato è dovuto alla derivazione coloniale britannica: in particolare, all'attività svolta dall'*Appeals Committee*, prima, e dal *Judicial Committee of the Privy Council*, poi, quale Corte d'appello di grado più elevato all'interno del sistema del *Commonwealth*¹⁶⁶.

Come per tutte le altre Colonie britanniche, questa Corte rappresentava il giudice di ultima istanza anche per i territori nordamericani, tanto che, nell'ultimo secolo precedente l'indipendenza, furono 265 le controversie portate in decisione e provenienti dalle originarie tredici Colonie¹⁶⁷.

Di queste, quattro rivestono particolare importanza, posto che si sono occupate espressamente di *constitutional issues* e permettono così di mostrare come l'attività giudiziale di garanzia ordinamentale – dunque, l'attività di *judicial review* – sia collegata all'esistenza di una norma 'costituzionale' *sovraordinata*, il rispetto della quale diviene la chiave di volta per assicurare la coerenza all'intera attività normativa derivata¹⁶⁸.

Il primo caso – *Winthrop v. Lechmere*¹⁶⁹ – riguarda un appello proposto nei confronti di una decisione della *Superior Court* del Connecticut, nel quale vengono posti in discussione due atti normativi coloniali¹⁷⁰.

In particolare, con riguardo al più risalente dei due, esso veniva ritenuto:

«an obsolete act, made in the infancy of the Province, and long since out of use ... tho' if this law was not obsolete, we insist ... that the same is void in

¹⁶⁶ Si rimanda, per l'analisi approfondita di quest'organo e dei meccanismi operativi suoi propri, al cap. V, § 2.

¹⁶⁷ A. SCHLESINGER, *Colonial Appeals to the Privy Council*, in *Political Science Quarterly*, 28, 1913, p. 446.

¹⁶⁸ D.O. MCGOVNEY, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, cit., p. 13 ss.

¹⁶⁹ V. *Massachusetts Historical Society Collection*, 5, 6th, 1892, p. 440 ss.

¹⁷⁰ Si tratta del *Connecticut Statute for the Settlement of Intestate Estate* del 1699 inerente alla regolamentazione di alcuni diritti ereditari e dell'*Act of Assembly* del 1726, mediante il quale il convenuto era stato autorizzato dall'organo legislativo coloniale a disporre liberamente di taluni beni che il *plaintiff* riteneva invece indisponibili.

it self as being not warranted by the Charter ... For by the Charter their power of making laws is restrained and limited in a very special manner, ... such laws must be wholesome and reasonable, and not contrary to the laws of this realms of England ... This law is null and void, as being contrary to the law of this realms, unreasonable, and against the tenour of their Charter, and consequently the Province had no power to make such a law and the same is void».

Il *Decree of the King* del 1727 reso a conclusione del procedimento dall'*Appeals Committee*, per la prima volta espressamente vincolò un'interpretazione giuridica all'esistenza di una *written higher law*:

«His Majesty, taking the same into his royal consideration, is pleased with the advice of the Privy Council to approve of the said report, and confirm the same in every particular part thereof, and pursuant thereunto to declare that the aforementioned act entituled An Act for the Settlement of Intestate Estate is null and void, and the same is hereby accordingly declared to be null and void and of no force or effect whatever. ... His Majesty is further please to declare, that ye aforementioned Act of Assembly passed in May, 1726 ... is null and void ... [in particolare perché] ... contrary to the laws of England ... and is not warranted by the Charter of that Colony».

Esercitando le proprie competenze avverso decisioni rese dal circuito giudiziario di una colonia nordamericana, una Corte per la prima volta invalidò due atti normativi perché avevano travalicato i poteri attribuiti da una *written Constitution*: in questo caso, la *Charter* coloniale del Connecticut. Ciò che emerge è la presenza di una decisione resa da una Corte di vertice in riforma di precedenti pronunce di Corti inferiori – quelle coloniali –, queste ultime rese *per incuriam*: il *reasoning* si basava su di atti normativi che dovevano essere considerati invalidi *ab initio*, in quanto contrari alle limitazioni poste da una Carta di rango 'costituzionale'.

Questa logica, a ben vedere, altro non fa che anticipare il ruolo che sarà poi svolto dalla *Supreme Court* degli Stati Uniti d'America.

Il secondo e il terzo caso oggetto d'analisi – *Philips v. Savage*¹⁷¹ e *Clark v. Tousey*¹⁷² – sono, rispettivamente, una decisione resa nel 1737 nei confronti di una pronuncia di una Corte del Massachusetts ed altra del 1745 pronunciata nei confronti di un pronunciamento di una Corte del Connecticut.

Si tratta di questioni in cui la precedente pronuncia *Winthrop v. Lechmere* è chiaramente tenuta in considerazione: nel primo caso – seppur conducente a una statuizione in senso opposto, ovvero con finalità conservative dell'atto normativo ritenuto in contrasto alla 'Costituzione' coloniale –, in quanto l'oggetto del giudizio è analogo, vertendo sull'interpretazione di uno *Statute* considerato esorbitante rispetto alle limitazioni ai poteri legislativi poste dalla *Charter* del Massachusetts; nel secondo caso, invece, trattandosi sostanzialmente di un caso di *overruling* dell'antecedente decisione resa nel 1727.

Mediante le due pronunce, l'*Appeals Committee* sconfessò sì sé stesso nel merito – *rectius*, l'interpretazione giuridica precedentemente resa – in un periodo relativamente breve, ma non negò la propria competenza a invalidare uno *Statute*.

Queste decisioni rivisitano infatti il concetto di «not repugnant to the laws of the realm of England»¹⁷³, evidenziando come la Corte abbia pur sempre ancora esercitato quello che è un antecedente di *judicial review on constitutional issues*.

Il quarto caso in considerazione – *Camms v. Hansford and Moss*¹⁷⁴ – riveste anch'esso particolare importanza, perché in grado di ben mostrare come, alla fine del XVIII secolo, fosse ampiamente riconosciuta la competenza dell'*Appeals Committee* ad invalidare un atto normativo coloniale.

Di più, esso consente di notare come fosse ormai già diffusa l'idea che la medesima competenza spettasse anche alle Corti delle Colonie nei confronti

¹⁷¹ V. *Massachusetts Historical Society Proceedings*, 5, 1873-75, p. 101 ss.

¹⁷² V. *Colonial Records of Connecticut*, 9, 1876, p. 587 ss.

¹⁷³ D.O. MCGOVNEY, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, cit., p. 21.

¹⁷⁴ Più noto anche come *Parson's Cause: v. Acts of the Privy Council, Colonial Series, 1745-1766*, 4, 1911, p. 421 ss.

delle cui decisioni gli appelli all'*Appeals Committee* venivano proposti: è la genesi dell'idea di uniformità nella '*constitutional*' interpretation.

Questa decisione, ma soprattutto le dinamiche e i protagonisti ad essa collegati, mostrano chiaramente come il *judicial review* – ossia, la possibilità per il potere giudiziario di invalidare un atto normativo quando contrario al concetto di *higher law* – fosse un meccanismo ormai dato per esistente e pienamente operativo nell'America coloniale.

L'evidenza di tale operatività può essere estrapolata anche da altri documenti dell'epoca, costituiti da alcune riflessioni giuridiche circolanti nelle Colonie nordamericane e in Inghilterra.

Si legga, ad esempio, quanto affermato nel 1760 dal *Solicitor General of Virginia* Charles Yorke, legale della Colonia nel caso da ultimo citato, figlio di Sir Philippe Yorke, quest'ultimo divenuto poi *Lord Chancellor* Hardwicke e già avvocato del *plaintiff* nel caso *Winthrop v. Lechmere*:

«... we are of opinion that there may be cases in which particular provisions may be void ab initio though other parts of the law may be valid, as in clauses where any act of Parliament may be contraversed or any legal right of a private subject bound without his consent. These are cases the decision of which does not depend on the exercise of a discretionary prerogative, but may arise judicially and must be determined by general rules of law and the constitution of England. And upon this ground it is, that in some instances whole acts of assembly have been declared void in the courts of Westminster Hall, and by His Majesty in council upon appeals from the plantations»¹⁷⁵.

L'intreccio tra rapporti umani, vicende giuridiche coloniali e sviluppo di un'idea 'statunitense' di *judicial review of legislation* gioca anch'esso un ruolo importante. Va ricordato che *Justice* John Blair, componente della

¹⁷⁵ V. *Statutes at Large of Pennsylvania*, 5, 1898, pp. 735-736. Si può leggere, in argomento, P.C. YORKE, *The Life and Correspondence of Philip Yorke, Earl of Hardwicke, Lord High Chancellor of Great Britain*, 2, Cambridge University Press, London, 1913, p. 572.

General Court of Williamsburg in the Colony of Virginia – l'organo che rese la decisione poi impugnata dinanzi all'*Appeals Committee* nel caso *Camms v. Hansford and Moss* –, era il padre di John Blair Jr., anni dopo componente della *Court of Appeal of Virginia*, nonché membro della *Convention* redigente la Costituzione statunitense, della *Virginia Convention* che la ratificò e, da ultimo, *Associate Justice* della *Supreme Court of the United States*.

Oppure, ancora, è parimenti significativo notare come:

«William Samuel Johnson, agent of Connecticut, in England, reported to the Governor of that Colony a very interesting discussion had by him with Lord Hillsborough, in 1768. This discussion ... adds one more to the long list of framers of the Constitution of the United States who are known to have been familiar with judicial review of legislation before they participated in drafting the Constitution. William Samuel Johnson was to become a delegate from Connecticut to the Convention of 1787. ... Johnson ranked high among the members of that Convention, as shown by his appointment on committees, including the Committee on Style and Arrangement which polished the Constitution into its final form. In the light of Johnson's knowledge of the doctrine of judicial review of legislation, it is very significant that it was he who moved in the Convention to insert the words "this Constitution" before the word "the laws" in what is now Article III, Section 2, of the Constitution ... It is a bit astonishing that at this late date Johnson of the Convention is identified with the Johnson who nineteen years previously had discussed the doctrine with Lord Hillsborough with marked comprehension, the very man who in the Convention moved to insert the words, "this Constitution" in Article III which, by reason of the presence of these words, seems expressly to authorize the federal courts to pass on the conformity of Acts of Congress and of state legislatures to the limitations imposed by the Constitution»¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Cfr. D.O. MCGOVNEY, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, cit., pp. 34-35.

Questi legami giuridici, sociali e culturali svelano un dato inequivocabile: l'esistenza di talune controversie dell'epoca coloniale nelle quali l'*Appeals Committee* prese posizione circa la validità di *colonial Statutes*, riconoscendosi nella sede giudiziale quella (più idonea e) competente a dichiararli eventualmente *void ab initio*.

Si tratta, pertanto, dell'esplicito riconoscimento dell'operatività di un meccanismo di *judicial review of legislation* in un tempo antecedente alla Costituzione del 1787 e al connesso sviluppo del sistema di giustizia costituzionale.

3. (SEGUE) COLONIAL JUDICIARY, SOVRANITÀ POPOLARE E HIGHER LAW. I DETTAMI DI SIR EDWARD COKE NEGLI STATI UNITI RIVOLUZIONARI

Se si ricorda che non è intervenuto alcun mutamento delle competenze giudiziali proprie del *Judicial Committee of the Privy Council*¹⁷⁷, si può rilevare, in primo luogo, che il potere giudiziale di invalidare un atto normativo incompatibile con i principi generali dell'ordinamento era già esistente in epoca coloniale.

Si tratta di una funzione certamente inerente alle attribuzioni dello stesso potere giudiziario. La possibilità di rivolgersi a una Corte (di vertice) al fine di ottenere un pronunciamento su di uno *Statute* emanato da un *limited legislature* sembra declinare una sorta di sviluppo 'coloniale' del pensiero di Sir Edward Coke, espresso nel *Bonham's Case* del 1610¹⁷⁸.

In secondo luogo, dalla circostanza che le Corti, nella risoluzione di controversie radicate dinanzi ad esse, hanno la capacità di dichiarare un atto normativo invalido se contrastante con il concetto di *higher law*, ne è derivato il principio per il quale qualsiasi Corte è competente a pronunciarsi in senso contrario a uno *Statute* emanato travalicando i limiti stabiliti tanto dal *natural law*, quanto da una *written colonial Charter*.

¹⁷⁷ Il *Judicial Committee Act* del 1833 ha solo modificato le modalità di composizione dell'organo.

¹⁷⁸ Cfr. nt. 158.

Non prova del tutto la differenza tra *Imperial judiciary* e *Federal judiciary*, del resto, la circostanza per la quale, nella Madrepatria, non si sia, in origine, mai utilizzato questo meccanismo di *judicial review*. Le Corti inglesi, infatti, hanno operato in un contesto nel quale il Parlamento – pur nella diversità del significato che tale termine assume nei due ordinamenti¹⁷⁹ – è emerso quale organo non soggetto ad alcuna limitazione costituzionale¹⁸⁰.

Ciò non ha impedito all'esperienza coloniale nordamericana di elaborare una dottrina giuridica basata non tanto sulla supremazia parlamentare, quanto sul principio della separazione dei poteri e sull'attribuzione a quello giudiziale del ruolo di garanzia dell'architettura istituzionale.

¹⁷⁹ Nell'ordinamento inglese, infatti, si assiste alla 'finzione' giuridica grazie alla quale nel Parlamento sono presenti allo stesso tempo la Corona, i *Commons* e i *Lords*. Così R. HOOKER, *Of the Laws of Ecclesiatic Polity and Other Works by and about Richard Hooker*, J. KEBLE (ed.), Createspace Independent Publishing, 1888, p. 408: «The parliament of England together with the convocation annexed thereunto, is that whereupon the very essence of all government within this kingdom doth depend; it is even the body of the whole realm; it consisteth of the king and of all that within the land are subject unto him: for they are all there present, either in person or by such as they voluntarily have derived their very personal right unto». V. altresì A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. 40 ss.; V. BOGDANOR, *Politics and the Constitution: Essays on British Government*, Dartmouth Publishing Co. Ltd., London, 1996, p. 5 ss.

¹⁸⁰ «This exalted notion of legislative competence made the idea of judicial review simply incoherent. In the first place, few legal theorists could conceive of anything so absurd as Parliament's committing an unjust, let alone unconstitutional act. While everyone agreed that Parliament was bound by the law of God, there was an equally widespread expectation that Parliament would never violate it. ... Yet, even assuming Parliament did err, either deliberately or innocently, and violated both common right and natural law, there remained no legal check on its authority. Consequently, English judges were simply not empowered to pass upon the legitimacy of a parliamentary enactment, for the judges "are all bound by their oaths not to render judgement against the laws of the land (*leges terre*), even if they should have the commands of the prince to the contrary"»: così M.P. HARRINGTON, *Judicial Review before John Marshall*, cit., p. 59, richiamando nel virgolettato SIR J. FORTESCUE, *On the Nature of the Law of Nature*, in S. LOCKWOOD (ed.), *On the Laws and Governance of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 128.

Considerato che una delle più importanti funzioni della *Supreme Court of the United States* è poi divenuta quella di determinare la validità o meno – *rectius*, la compatibilità costituzionale o meno – della normativa statale e federale, si nota come questa *law theory* coloniale sia stata materialmente in grado di dare concreta attuazione negli Stati Uniti d’America al pensiero di Sir Edward Coke.

Con il passare del tempo, le logiche alla base del meccanismo di risoluzione delle antinomie utilizzato dall’*Appeals Committee* hanno avuto modo di trasmettersi al sistema nordamericano con capillare efficacia.

Si può riscontrare, in tale riguardo, sia l’utilizzo degli strumenti di *judicial review* nella fase immediatamente successiva all’indipendenza delle Colonie (ma antecedente alla Costituzione federale), sia il fatto che essi fossero noti ai *Framers*. O, se non altro, ad alcuni di essi – in taluni casi, come visto in precedenza, da questi addirittura direttamente teorizzati. D’altra parte, la dottrina inglese dell’onnipotenza legislativa¹⁸¹ non poteva avere seguito nello sviluppo della nuova Nazione nordamericana, fondata sulla primazia della sovranità popolare¹⁸².

¹⁸¹ Cfr. nt. 145.

¹⁸² Per quanto, va precisato, molte delle Costituzioni postrivoluzionarie prevedettero forti limitazioni all’attività tanto dell’esecutivo, quanto del giudiziario, trasferendo molte delle loro funzioni in capo al potere legislativo. In tema di ‘sovranità del popolo’, v. S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996, trad.it. *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 49-61.

Presero a circolare in territorio statunitense i pensieri di Alexander Hamilton¹⁸³, del futuro giudice della *Supreme Court* James Iredell¹⁸⁴, nonché di James Wilson¹⁸⁵: le loro considerazioni dimostravano cosa, secondo alcuni tra i maggiori pensatori giuridici dell'epoca, il *judicial review* avrebbe dovuto essere.

Oltre che sul piano puramente ideologico, gli anni che portarono alla Rivoluzione americana videro poi alcuni episodi nei quali i meccanismi di *judicial review* furono utilizzati principalmente per contestare il principio della *parliamentary sovereignty*.

Ad esempio, nel suo discorso del 1760 contrario alla validità del *Writ of Assistance Act* dinanzi alla *Massachusetts Superior Court*, James Otis affermò che:

«[R]eason and the constitution are both against this writ ... No Acts of Parliament can establish such a writ; Though it should be made in the very

¹⁸³ *The Federalist*, 78, 81. Nella letteratura sul tema, v. *ex multis* B.F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, Houghton Mifflin Company, Boston-New York, 1942, p. 25. Con particolare riguardo al *Federalist*, 78, si osserva comunque che non tutta la dottrina è uniforme nel ritenere tale testo una difesa aprioristica dell'adozione dei meccanismi di *Judicial Review*: cfr. ad esempio S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, cit., p. 80.

¹⁸⁴ J. IREDELL, *Letter from James Iredell to the Public (1786)* e *Letter from James Iredell to Richard Spaight (Aug. 26, 1787)*, in G.J. MCREE (ed.), *Life and Correspondence of James Iredell*, Appleton, New York, 1, 1857, p. 145 ss.

¹⁸⁵ J. WILSON, *Comparison of the Constitution of the United States, with That of Great Britain*, in R.G. MCCLOSKEY (ed.), *The Works of James Wilson*, 1, Harvard University Press, Cambridge, 1967, pp. 329-331; J. WILSON, *Speech at the Pennsylvania Ratifying Convention*, in J.P. KAMINSKY, G.J. SALADINO (eds.), *Documentary History of the Ratification of the Constitution of the United States*, 2, University of Virginia Press, Charlottesville, 1984, pp. 450-451.

words of the petition it would be void, "An act against the Constitution is void"»¹⁸⁶.

È bene tenere a mente che molte di queste affermazioni traggono la propria ragion d'essere al conflitto politico in corso con la Madrepatria: per i giudici coloniali prerivoluzionari, era chiara la funzione sovversiva della contestazione di un atto normativo del Parlamento che si era già iniziato a considerare 'illegittimo'. Ciò rappresentava ideologicamente cosa ben diversa rispetto al garantire agli stessi il potere generale di controllare tutti gli atti emanati da un eventuale potere legislativo democraticamente eletto da cittadini americani.

Sul piano pratico, gli anni immediatamente seguenti la Rivoluzione mostrarono la scarsa fiducia riposta nel (preesistente) *colonial judiciary*, e la considerazione di quest'ultimo quale strumento operativo del potere esecutivo¹⁸⁷ rese difficile un pieno recepimento del *judicial review*.

Ciò nonostante, alcune delle decisioni rese dalle Corti nordamericane nel corso della *revolutionary era* hanno una rilevante importanza al fine di determinare «the original understanding of judicial review»¹⁸⁸. Vengono in rilievo, in particolare, sette casi: *Holmes v. Walton* (1780), in New Jersey; *Case of the Prisoners* (1782), in Virginia; *Rutgers v. Waddington* (1784), nello Stato di New York; il *Symsbury Case* (1785), in Connecticut; il *Ten*

¹⁸⁶ J. OTIS, *Argument of James Otis, Petition of Lechmere*, in L. KINVIN WROTH, H.B. ZOBEL (eds.), *Legal Papers of John Adams*, 2, Harvard University Press, Cambridge, 1965, p. 103 ss.

¹⁸⁷ Va ricordato che, differentemente rispetto al diritto dei giudici inglesi di esercitare le proprie funzioni "during good behaviour", i *Colonial Judges* venivano appuntati a discrezione della Corona: v. G.S. WOOD, *Judicial Review in the Era of the Founding*, in R.A. LICHT (ed.), *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, American Enterprise Institute, Washington, 1993, p. 153 ss.

¹⁸⁸ W.M. TREANOR, *Judicial Review before 'Marbury'*, cit., p. 473 ss.

Pound Act Case (1786-1787), in New Hampshire; *Trevett v. Weeden* (1787), in Rhode Island; *Bayard v. Singleton* (1787), in North Carolina¹⁸⁹.

Questa evoluzione giurisprudenziale è in grado di mostrare il «rationalistic background of American constitutional history»¹⁹⁰: immersi nella tradizione giuridica di *common law*, gli Stati Uniti d'America rivoluzionari applicarono pur sempre idee derivanti dalla propria esperienza quale Colonia britannica del *Commonwealth*.

Come l'idea di un potere legislativo limitato trovò fondamento nell'idea di *fundamental law* derivante dalla *Magna Charta*, è così che la dottrina statunitense del *judicial review* affonda le proprie radici nella precedente esperienza giuridica 'imperiale', e in particolare nel *dictum* di Sir Edward Coke contenuto nel *Bonham's Case*.

4. UN (INCOLPEVOLE) SILENZIO COSTITUZIONALE? IL *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION*, APPLICAZIONE ISTITUZIONALE DEL *BACKGROUND CULTURALE*

Nel paragrafo che precede si è considerata l'evoluzione interpretativa del *judicial review of legislation* nel passaggio dall'epoca coloniale a quella rivoluzionaria. Va però evidenziato che né la *constitutional Convention*, né il testo costituzionale da quella proposto hanno poi preso espressamente posizione sui meccanismi di *judicial review*¹⁹¹.

Nell'ambito dell'organizzazione del potere giudiziario, l'articolo III, *section* 1, della Costituzione statunitense, infatti, dispone che «The judicial Power of

¹⁸⁹ V. E.S. CORWIN, *The Establishment of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 9, 2, 1910-1911, p. 102 ss.

¹⁹⁰ *Id.*, p. 103.

¹⁹¹ Un interessante 'precedente', però, è dato dall'art. XII, Sec. XXVIII, della *Kentucky Constitution* del 1792: «To guard against transgressions of the high powers which we have delegated, WE DECLARE, that every thing in this article is excepted out of the general powers of government, and shall forever remain inviolate; and that all laws contrary thereto, or contrary to this Constitution, shall be void» (il corsivo è aggiunto).

the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish».

Vengono poi elencate, nella *section 2*, le competenze attribuite a ciascun organo della gerarchia interna delle Corti:

«The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority. ... In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction ...».

Nulla viene previsto con riguardo al sindacato giurisdizionale di costituzionalità.

Tuttavia, proprio durante la *Convention* di Philadelphia emersero con evidenza i motivi dell'accettazione dei meccanismi di *judicial review*.

Una notevole spinta in tal senso venne dalle sempre più forti insofferenze popolari nei confronti del potere legislativo, in considerazione, soprattutto, di taluni atti normativi emanati negli anni rivoluzionari dai *Governments* statali e ritenuti scarsamente democratici¹⁹².

Venne così teorizzato un *frame* costituzionale federale mediante cui poter distintamente allocare i poteri tra un *National government* e diversi *State governments*.

La semplice distribuzione di tali poteri per centri distinti, tuttavia, non sembrava poter essere di per sé sola sufficiente ad assicurare che il livello centrale non esorbitasse a sua volta dai poteri attribuitigli. Per di più, nel

¹⁹² La conseguenza fu un declino del ruolo delle Assemblies popolari e delle norme da queste emanate, descritte da alcuni operatori giuridici dell'epoca come «the vilest collection of trash ever formed by a legislative body», la cui azione «have uniformly tended to disgust its citizens, and to annihilate its credit», o, ancora, in grado di «daily committing the most flagrant acts of injustice»: cfr. M.P. HARRINGTON, *Judicial Review before John Marshall*, cit., pp. 65-66 e *ivi* nt. 56, 57, 58 e 59.

periodo immediatamente successivo al *drafting* costituzionale, il fervore rivoluzionario condusse il nascente ordinamento statunitense ad abbracciare convintamente proprio quell'idea di *legislative supremacy* che era stata uno dei principali punti di rottura ideologici con la Madrepatria.

Ciò portò a ritenere che il potere legislativo, al pari dell'‘onnipotente’ Parlamento inglese¹⁹³, fosse esso stesso giudice della costituzionalità delle proprie azioni, giungendosi ad affermare che la Costituzione fosse «“a rule to the legislature only” and was not judicially enforceable in the courts»¹⁹⁴.

L'evidenza di questo rischio di arbitrarietà forzò però il sistema statunitense (coerentemente con la propria genesi) verso una riconsiderazione del ruolo svolto dall'organo legislativo, giungendo a un suo inquadramento quale semplice agente della volontà popolare ed a quest'ultima debitore.

Ciò fece sorgere l'idea della necessaria esistenza di una diversa autorità in grado di intervenire nel caso in cui il potere legislativo operasse in senso esorbitante le proprie funzioni: questo ‘contraltare’ era il potere giudiziario.

Fu così che l'idea del *judicial review of legislation* – oltre che su di un piano strettamente teorico¹⁹⁵ – trovò implicita accettazione anche nei rapporti tra poteri contenuti nel *written frame of government* costituzionale. Inoltre, venne data per la prima volta veste scritta alla *fundamental law*¹⁹⁶.

La scelta dell'ordinamento statunitense – tanto in epoca rivoluzionaria, con la redazione delle *Constitutions* nelle varie Colonie resesi indipendenti, quanto con la successiva venuta ad esistenza della *Constitution* federale – fu

¹⁹³ Cfr. nt. 145.

¹⁹⁴ M.P. HARRINGTON, *Judicial Review before John Marshall*, cit., p. 54.

¹⁹⁵ Cfr. nt. 183, 184, 185 e 186.

¹⁹⁶ «Not only did the democratisation of American English favour the Americanisation of the common law and its translation “into some form of a written code, or digest, which would be concise and comprehensive enough” under the authored text of the U.S. Constitution»: M. NICOLINI, *Writing for the “Scholars and the Gentleman”. Language, Society, and Legal Education in Blackstone’s Commentaries*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 24, 2, 2018.

quella di ridurre a testo scritto il *higher law*, così rendendo esplicita la relazione tra il popolo e i propri rappresentanti¹⁹⁷.

Va poi detto che i delegati presenti alla redazione della Costituzione del 1787 erano sicuramente a conoscenza dei numerosi casi nei quali le Corti statali avevano già utilizzato i meccanismi del *judicial review*.

Numerosi di essi, per di più, erano stati coinvolti direttamente – o anche solo indirettamente – in queste stesse pronunce: Alexander Hamilton, avvocato in *Rutgers v. Waddington*¹⁹⁸; Edmund Randolph, George Wythe e John Blair, rispettivamente consulente giuridico, il primo, e giudici, gli ultimi, in *Commonwealth v. Caton*¹⁹⁹; William Davie e Richard Dobbs Spaight, consulenti giuridici in *Bayard v. Singleton*²⁰⁰; David Brearly, giudice in *Holmes v. Walton*²⁰¹.

Nel corso della *Convention*, i delegati assunsero allora come il *judicial review* – sul quale, si ribadisce, la Costituzione serbava il silenzio²⁰² – potesse scaturire naturalmente dal ruolo svolto da un potere giudiziario all'interno di una Costituzione scritta e implicante una precisa separazione dei poteri.

¹⁹⁷ In merito alla tesi secondo cui il popolo, per il tramite del Congresso, diede origine agli Stati, cfr. S.H. BEER, *To Make a Nation: The Rediscovery of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 146 ss., nonché R.B. MORRIS, *The Forging of the Union 1781-1789*, Harper and Row, New York, 1987. V. anche T.C. GRAY, *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, in *Stanford Law Review*, 30, 1978, p. 843 ss.

¹⁹⁸ V. R. BERGER, *Congress v. The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1969, pp. 90-91.

¹⁹⁹ 8 Va (4 Call) 5, 5-6 (Va App 1782).

²⁰⁰ C. WARREN, *Congress, the Constitution, and the Supreme Court*, cit., pp. 45-46.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Per un'efficace analisi del 'silenzio costituzionale' in punto di *Judicial Review*, si rimanda, *ex multis*, a J.B. THAYER, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 7, 1893-1894, p. 129 ss., nonché a C. RHYS LOVELL, *The Growth of Judicial Review in the United States*, in *Butterworths South African Law Review*, 1955, p. 107 ss.

Fu la positivizzazione della norma fondamentale che rese evidente la differente impostazione rispetto alla tradizione giuridica del Regno Unito²⁰³:

*«The American Revolution had ... thrust the colonies into a “state of nature”, and the documents they drafted in response to their new circumstances were of import precisely because they set forth the new social compact in concrete terms»*²⁰⁴.

La Costituzione scritta, in altri termini, si dimostrava utile sia nel contrastare la teoria dell'onnipotenza del potere legislativo, sia nel fornire esplicitamente i limiti entro i quali quest'ultimo avrebbe potuto legittimamente (*rectius*, costituzionalmente) operare. Per di più, permetteva di comprendere

²⁰³ Si può leggere, in tema, S. SHERRY, *The Founders' Unwritten Constitution*, in *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, p. 1127 ss.

²⁰⁴ Così M.P. HARRINGTON, *Judicial Review before John Marshall*, cit., p. 69 e *ivi*, in particolare, nt. 71: «Virginia Judge John Tyler expressed this idea rather clearly in *Kemper v. Hawkins*, 3 Va. (1 Va. Cas.), a case concerning the constitutionality of a statute reorganizing the judiciary. In the course of his opinion, Tyler asserted that Virginia's written constitution must have the force of fundamental law because it was drafted at a time “when we were declared out of the protection of the then mother country”, and when the “the bands of civil government [were] cut asunder, and destroyed”. At that time, Virginia had “[n]o social compact, no system of protection and common defence against an invading tyrant”. It was “in a state of nature, without friends, allies or resources: In such a case what was to be done?”. To disregard the constitution would be to return the state to its “former insignificance”. Judge Spencer Roane made the same point later in the same case: “I consider that at the time of the adoption of our present Constitution. the British government was at an end in Virginia ... The people were therefore ... absolved from the former kingly government, and free, as in a state of nature, to establish a government for themselves ... This convention [which drafted the Virginia constitution] ... may be considered as a spontaneous assemblage of the people of Virginia ... This constitution is sanctioned by the consent and acquiescence of the people for seventeen years; and it is admitted by the almost universal opinions of the people, by the repeated adjudications of the courts of this commonwealth, and by very many declarations of the legislature itself, to be of superior authority to any opposing act of the legislature». Cfr. altresì S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, cit., pp. 26-27.

immediatamente se ed in quale misura tali limiti fossero stati eventualmente superati, permettendone di conseguenza l'immediata giustiziabilità²⁰⁵.

Per la prima volta, il potere giudiziario si vedeva così dotato degli immediati strumenti normativi grazie ai quali poter invalidare un atto normativo contrastante con il *fundamental law*:

«*The constitution ... is the work or will of the People themselves, in their original, sovereign, and unlimited capacity. ... [It] fixes limits to the exercise of legislative authority, and prescribes the orbit within which it must move*»²⁰⁶.

Per quanto di non sempre facile utilizzo da parte del potere giudiziario dell'epoca²⁰⁷, questi strumenti venivano dunque garantiti dal *constitutional law*, quale diretta espressione della volontà popolare.

²⁰⁵ «Our Constitution ... was instead a “political-legal” document – a law binding all, but unenforceable by the courts»: v. J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution: The Authority to Legislate*, University of Wisconsin Press, Madison, 2003, p. 28.

²⁰⁶ Supreme Court of the United States, *Van Horne's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

²⁰⁷ Le difficoltà pratiche insite nel contrasto alla supremazia legislativa attraverso l'invalidazione di uno *Statute* non erano certo irrilevanti, all'epoca. Per quanto la teorizzazione del *judicial review*, come visto, fosse ormai un dato di fatto, i giudici che si prendevano la responsabilità di invalidare un atto legislativo potevano incorrere, ad esempio, nella minaccia di azioni di *impeachment*. Né esso costituiva una pratica universalmente accettata nel nuovo ordinamento giuridico statunitense: «No idea was entertained that the judiciary had any power to inquire into the constitutionality of Acts of the legislature, or to pronounce them void for any cause, or even to question their validity», per cui si rimanda a D. ROBERTS, *A Digest of All the Reported Decisions of the Supreme Court of the State of Vermont*, Forgotten Books, London, 2018. Va notato, infine, come anche in anni successivi non mancarono degli episodi in cui l'operatività del *judicial review* venne contestata, laddove non espressamente prevista: v. J.B. THAYER, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit., p. 129.

È in questo intreccio tra preminenza della volontà popolare, contrasto all'onnipotenza legislativa, *written Constitution* e *frame of government* che il *judicial review of legislation* trovò terreno fertile per la propria maturazione. L'idea che il potere legislativo non potesse, né dovesse, violare il testo costituzionale, dunque, era definitivamente attecchita nell'ordinamento statunitense.

Il problema, se mai, era quello di comprendere con precisione quali fossero le conseguenze di una tale eventuale violazione, posto che la *written form* non implicava, di per sé sola, una qualche forma di diritto a invalidare, sostituire o inosservare un'azione che il legislativo o l'esecutivo erano costituzionalmente competenti ad esercitare.

Sul punto, la risposta degli studi tradizionali in tema di costituzionalismo statunitense poggia le proprie fondamenta nelle parole rese celebri da *Chief Justice Marshall*²⁰⁸.

5. «HANGING MARBURY»: LA (PARZIALE) RILETTURA DEL 'MITO' DELLE ORIGINI

Nell'ambito delle problematiche esaminate nel paragrafo precedente, ci si può proporre allora di rimeditare la genesi del *judicial review of legislation*. *Marbury v. Madison*, come noto, è tradizionalmente considerato il momento in cui il sindacato di costituzionalità viene effettivamente istituito: si è così affermato, ad esempio, che: «[T]he concept of judicial review of the constitutionality of state and federal statutes by the Supreme Court is generally rested upon the epic decision in *Marbury v. Madison*»²⁰⁹.

A conforto di tale impostazione, lo stesso Bickel ebbe ad affermare che: «If any social process can be said to have been 'done' at a given time and by a

²⁰⁸ Cfr. nt. 4.

²⁰⁹ W.W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, 1, 1969, p. 1.

given act, it is Marshall's achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v Madison*»²¹⁰.

Il 'mito' fondativo della giustizia costituzionale statunitense può essere inquadrato secondo una prospettiva che ne evidenzia la natura 'normativa'²¹¹. Come si è visto nel paragrafo precedente, prima di *Marbury v. Madison* l'indagine storico-giuridica conferma che il *judicial review* aveva già trovato circolazione e applicazione in territorio nordamericano²¹².

Si consideri, poi, che lo stesso *Chief Justice* Marshall non era estraneo alla 'padronanza' di questa impostazione teorica:

«... from a personal level, he must have experienced judicial review as long-established, since he came from Virginia, the state in which it was

²¹⁰ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., p. 1.

²¹¹ Si segnala la curiosità di un passaggio di J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, cit., pp. 1040-1041: «... suppose that William Marbury (still crushed by the loss of his magistracy) had been out on a bender one evening in 1802 and tumbled into the Potomac, never to be heard from or seen again. His case would have been nonsuited, the issue would never have reached the Court, and no such opinion as *Marbury* would ever have been pronounced. Casebooks and syllabi across the land today would take a somewhat altered form – but does anyone seriously think that American constitutional theory and practice would be any different?». Cfr. anche R.E. BARNETT, *The Original Meaning of the Judicial Power*, in *Supreme Court Economic Review*, 12, 2004, p. 115 ss.

²¹² Oltre ai numerosi contributi dottrinali e giurisprudenziali in precedenza riportati, si vedano anche G. LEE HASKINS, H.A. JOHNSON, in O.W. HOLMES, *History of the Supreme Court of the United States: Foundation of Power: John Marshall, 1801-1815*, 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p. 190: «[T]he idea of judicial review was hardly a new one when *Marbury* was decided»; W.R. CASTO, *The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Hay and Oliver Ellsworth*, University of South Carolina Press, Columbia, 1995; M.J. KLARMAN, *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, in *Virginia Law Review*, 87, 2001, p. 1113: «*Marbury* cannot have established the power to judicial review, since that power already was widely accepted before the Supreme Court's ruling».

particularly well established by the case law and in which it was repeatedly endorsed during the debate over the Constitution»²¹³.

L'importanza di *Marbury v. Madison* è però così profondamente radicata nella *communis opinio doctorum* che non se ne intende certamente in questa sede operare una seria contestazione.

Oltretutto, considerando il fatto che, per quanto tecnicamente non del tutto corretto, questo 'mito' e l'importanza di tale decisione possono essere certamente utili (quando non indispensabili) sotto un profilo puramente didattico ed esplicativo: «Marbury has become a story that has to be told ... Academic disciplines ... are imagined as well as discursive communities: they need stories of origins legitimate their activity ...»²¹⁴.

Il fatto che il *judicial review* fosse esercitato molto più frequentemente negli anni precedenti *Marbury v. Madison*, però, aiuta a comprendere le ragioni del

²¹³ W.M. TREANOR, *Judicial Review before 'Marbury'*, cit., p. 556. Parte della dottrina, però, segnala che Marshall, per giungere alle sue note conclusioni, errò nella valutazione di alcuni precedenti: cfr. S. LOW BLOCH, M. MARCUS, *John Marshall's Selective Use of History in Marbury v. Madison*, in *Wisconsin Law Review*, 1986, p. 301 ss.

²¹⁴ J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, cit., pp. 1037-1038. V. anche M.S. PAULSEN, *The Irrepressible Myth of Marbury*, in *Michigan Law Review*, 101, 8, 2003, pp. 2706-2708: «Nearly all of American constitutional law today rests on a myth. The myth, presented as standard history both in junior high civic texts and in advanced law school courses on constitutional law, runs something like this: A long, long time ago – 1803, if the storyteller is trying to be precise – in the famous case of *Marbury v. Madison*, the Supreme Court of the United States created the doctrine of “judicial review”. ... Judicial review ... thus serves as the ultimate check on the powers of the other branches of government, and is one of the unique, crowning features of our constitutional democracy. ... But nearly every feature of the myth is wrong. For openers, *Marbury v. Madison* did not create the concept of judicial review, but (in this respect) applied well-established principles. ... Moreover ... the power of judicial review was never understood by proponents and defenders of the Constitution as a power of judicial *supremacy* over the other branches, much less one of judicial exclusivity in constitutional interpretation. *Nothing* in the text of the Constitution supports a claim of judicial supremacy»: su queste tematiche, v. *amplius infra*, cap. III, § 3 e 4.

peso tradizionalmente attribuito a quest'ultima decisione²¹⁵; allo stesso tempo, permette di riconsiderare quelle caratteristiche classificatorie del sistema di giustizia costituzionale statunitense²¹⁶.

Il ragionamento seguito da Marshall nel 1803 è noto: il popolo ha contribuito a stabilire dei limiti espressi in capo al potere legislativo; tali limiti sono in grado di condizionare gli atti adottati in loro violazione, rendendoli *not law*; i limiti sono collegati all'esistenza di una *written Constitution*; quest'ultima è in grado di garantire che il potere giudiziario, nell'interpretazione di un'antinomia tra atto legislativo e disposizione costituzionale, possa affermare «what the law is» e stabilire quale norma trovi applicazione, eventualmente invalidando quella contraria a Costituzione.

Se questo è il *reasoning*, va dato atto che, sotto un profilo puramente interpretativo, non manca chi ha criticato tale logica. In particolare, l'aver considerato che l'articolo III della Costituzione non consentirebbe al Congresso di attribuire *original jurisdiction* alla *Supreme Court* in un caso come quello in decisione²¹⁷.

Quel che preme osservare, in ogni caso, è che Marshall, nell'affermare in maniera forte la legittimazione del *judicial review of legislation* e la

²¹⁵ Va pur sempre precisato che, anche nel 1803, il *judicial review* non era un istituto ancora unanimemente accettato negli Stati Uniti d'America. Ad esempio, in Ohio, nel 1810, alcuni giudici furono materialmente sottoposti a una procedura di *impeachment*, dopo aver contestato un atto legislativo; parimenti in Kentucky, nel 1821: v. C.G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, cit., pp. 258-259. Altresì, v. T.W. RUGER, "A Question which Convluses a Nation": *The Early Republic's Greatest Debate About the Judicial Review Power*, in *Harvard Law Review*, 117, 2004, p. 826 ss.

²¹⁶ Cfr. cap. I, § 2 e 3.

²¹⁷ «If Congress remains at liberty to give this court appellate jurisdiction, where the constitution has declared their jurisdiction shall be original; and original jurisdiction where the constitution has declared it shall be appellate; the distribution of jurisdiction, made in the constitution, is form without substance». V. W.W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, cit., p. 32; L.D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Cambridge, 2004, p. 181; D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago, 2015, p. 68.

possibilità di invalidare uno *Statute*²¹⁸ quando contrario a Costituzione, stava ragionando seguendo quella che era diventata una prassi interpretativa ormai ben più comune rispetto a quanto considerato nella narrazione classica del ‘mito’ della genesi della giustizia costituzionale statunitense²¹⁹.

Il caso più importante a tal riguardo – e, forse, proprio quello che ha formato la base del ragionamento seguito in *Marbury v. Madison* – è costituito dalla già richiamata decisione *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*²²⁰. In tale pronuncia si afferma, con terminologia moderna, che, «[I]f a legislative act oppugns a constitutional principle, the former must give way, and be rejected on the score of repugnance ... in such case, it will be the duty of the Court to adhere to the Constitution, and to declare the act null and void».

Le ragioni addotte a fondamento del *reasoning* si radicano nella supremazia della Costituzione e nell’essere quest’ultima la fonte giuridica che condiziona la validità di tutte le altre: «The Constitution is the basis of legislative authority; it lies at the foundation of all law, and is a rule and commission by which both legislators and judges are to proceed»²²¹.

La prassi interpretativa sopra richiamata emerge anche con riguardo ad altre (precedenti) decisioni rese dalla *Supreme Court*, nelle quali si fa espressamente riferimento alla competenza giudiziale a dichiarare l’incostituzionalità di un atto normativo: viene in rilievo il noto *Hayburn’s*

²¹⁸ Nel caso, il *Judiciary Act* del 1793: cfr. *infra*, nt. 472.

²¹⁹ Su una rivisitazione del significato di *Marbury v. Madison* v. anche R. LOWRY CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 1989; C. WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Littlefield, Adams Quality Paperbacks, 1994.

²²⁰ Cfr. nt. 206.

²²¹ *Ibidem*.

*Case*²²²; oppure, *Hylton v. United States*²²³; o ancora, particolare importanza riveste il caso *Calder v. Bull*²²⁴.

Con riferimento particolare a quest'ultimo, se è vero che, nel rendere l'*opinion of the Court*, Justice Chase non arriva a statuire in senso favorevole alla disapplicazione di un atto ritenuto incostituzionale, affermando che:

«An ACT of the Legislature (for I cannot call it a law) contrary to the great first principles of the social compact, cannot be considered a rightful exercise of legislative authority ... The genius, the nature, and the spirit, of our State Governments, amount to a prohibition of such acts of legislation; and the general principles of law and reason forbid them»,

la piena recezione della teoria del *judicial review* si può riscontrare, però, nella *opinion* di Justice Iredell, secondo cui, «if any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void».

Infine, va menzionato anche il caso *Cooper v. Telfair*²²⁵, nel quale venne riconosciuta come *general opinion* quella secondo cui la *Supreme Court* può dichiarare incostituzionale e dunque invalido un atto del Congresso.

La portata teorica di *Marbury v. Madison*, in conclusione, non rappresenta un caso isolato nel percorso del costituzionalismo americano delle origini, né restituisce un'interpretazione così drasticamente innovativa.

Grazie a questa considerazione, è possibile ridefinire i punti cardinali entro cui il potere giudiziario muoveva i propri passi. La legittimazione degli strumenti di *judicial review of legislation*, pertanto, trova ragion d'essere in

²²² Supreme Court of the United States, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).

²²³ Supreme Court of the United States, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796). Cfr. J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, cit., pp. 1039-1040.

²²⁴ Supreme Court of the United States, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798). In dottrina, sul punto, v. R.A. EPSTEIN, *The Natural Law Influences on the First Generation of American Constitutional Law: Reflections on Philip Hamburger's Law and Judicial Duty*, cit., pp. 126-127; E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, p. 6.

²²⁵ Supreme Court of the United States, 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800).

una sorta di ‘paradosso’ giuridico-culturale: la tendenziale continuità giuridica a dispetto di una rivoluzione.

6. DALLA SEPARAZIONE DEI POTERI AL FEDERALISMO: L’APPLICAZIONE ‘A PREFERENZA’ DELLA COSTITUZIONE A DIFESA DELLA NAZIONE

Nell’ambito dell’evoluzione storico-istituzionale esaminata nel paragrafo precedente si danno le possibili chiavi di (ri)lettura della genesi del sistema di giustizia costituzionale statunitense in seguito al *drafting* costituzionale.

Con la creazione di una *written Constitution* quale *supreme law* e la previsione di ambiti separati di operatività dei vari poteri, gli atti normativi in contrasto a tali *boundaries* hanno cominciato a poter essere invalidati dal potere giudiziario²²⁶.

Il *judicial review* statunitense è così stato inizialmente concepito come strumento utilizzato per prevenire eventuali abusi di potere da parte del potere legislativo.

Per questa via, esso ha anche subito una metamorfosi, evolvendo da metodo di risoluzione di antinomie normative a strumento di garanzia di una corretta gestione dei *rapporti* istituzionali di governo previsti in Costituzione:

«... *overreaching by state legislatures, the problem which gave rise to debates about the legitimacy of judicial review throughout the 1780s, also became the source of debates about judicial review at the Constitutional Convention*»²²⁷.

²²⁶ In senso critico, v. però H. WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, in *Columbia Law Review*, 54, 1954, p. 543 ss.; L.D. KRAMER, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, in *Columbia Law Review*, 100, 2000, p. 215 ss.; ID., *Foreword: We the Court*, in *Harvard Law Review*, 115, 2001, p. 4 ss.; J.H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, cit., p. 171.

²²⁷ M.P. HARRINGTON, *Judicial Review before John Marshall*, cit., p. 85.

Nel corso della *constitutional Convention* non vi fu alcuna presa di posizione esplicita in tema di *judicial review of legislation*; il potere delle Corti di invalidare un atto del legislativo o dell'esecutivo venne infatti affrontato con riferimento ad altre tematiche: fra tutte, quella dell'architettura federale²²⁸.

La riflessione sulla giustizia costituzionale praticata nei primi anni dalle Corti della Federazione consente di evidenziare come il *drafting* costituzionale presenti due elementi di *judicial review* che risultano strettamente collegati alla simbiosi tra istanze del federalismo, separazione dei poteri e *constitutional adjudications*²²⁹, circostanza in grado di mostrare sin dalle origini la tendenza 'centripeta' verso la *Supreme Court*.

Il sistema ideato dalla Costituzione del 1787 implica la coesistenza di due distinti livelli di governo – federale e statale –, ciascuno sovrano all'interno degli ambiti riservati come di sua competenza²³⁰. Sul piano teorico, le sfere di attribuzione dei due livelli sono delineate in modo chiaro: i poteri delegati da quello statale a quello federale vengono espressamente enunciati, mentre i residuali (non numerati) permangono nella competenza del livello 'inferiore'²³¹.

Residuava però una zona d'ombra, in tutti quei casi nei quali è incerto se una particolare materia potesse rientrare nell'alveo delle competenze statali, ovvero di quelle federali. La decisione in merito al soggetto competente ad

²²⁸ V. S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, cit., pp. 38-39.

²²⁹ J.F. MANNING, *Textualism and the Role of The Federalist in Constitutional Adjudication*, in *George Washington Law Review*, 66, 1998, p. 1337 ss.

²³⁰ G. ALAN TARR, "The United States of America", in J. KINCAID, G. ALAN TARR (eds.), *Constitutional Origin, Structure, and Change in Federal Countries*, McGill's Queen University Press, Montreal-Kingston, 2005, pp. 381-388; I. SOMIN, *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization more than State Autonomy*, in N. ARONEY, J. KINCAID (eds.), *Courts in Federal Countries*, University of Toronto Press, Toronto, 2017, p. 440 ss. Cfr. *funditus* cap. III, § 1 e 2.

²³¹ In misura implicita, nell'originario testo costituzionale: v. A.C. McLAUGHLIN, *A Constitutional History of the United States*, Simon & Schuster, New York, 2001, p. 193. In misura poi esplicita in seguito all'adozione, nel 1791, del X emendamento: «the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people».

agire trovò risoluzione solo in seguito a un procedimento di *adjudication* per ottenere un'interpretazione costituzionalmente orientata: in poche parole, attraverso l'esercizio di *judicial review*.

La separazione dei poteri tra esecutivo, legislativo e giudiziario, poi, permise che ciascun ambito fosse titolare della competenza all'esercizio di talune attività rientranti nella sfera di governo federale. Posto che nessun organo di uno dei tre poteri poteva invadere la sfera di attribuzione degli altri, si diedero anche in questo caso delle situazioni in cui era necessaria un'interpretazione costituzionale in merito a quale dei tre *branches* fosse competente ad operare: ancora una volta, un esercizio di *judicial review*²³².

La presenza di tutti questi possibili contrasti è innata nella Costituzione, «because the Constitution so divided sovereignty that its totality resided nowhere, not even in the people, despite what politicians told them»²³³.

Circostanza, questa, non del tutto sconosciuta al tempo del *drafting* costituzionale, posto che: «the members of the Constitutional Convention were aware that they had created a government where adjudication as to the proper functions of its various organs was very probable»²³⁴.

Da un punto di vista storico, è sin dal momento rivoluzionario degli *Articles of Confederation* che il federalismo americano tentò di stabilire una pragmatica divisione dei ruoli fra *National government of the Continental Congress*, da un lato, e Stati, dall'altro²³⁵: «Congress would have responsibility for the great affairs of state, the conduct of war and foreign affairs, while everything that fell under the generic heading of “internal police” remained with the states»²³⁶.

²³² A ben vedere, *Marbury v. Madison* fu un caso proprio di questo tipo.

²³³ Cfr. C. RHYS LOVELL, *The Growth of Judicial Review in the United States*, cit., p. 110.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ V. J.N. RAKOVE, *The Beginnings of National Politics: An Interpretive History of the Continental Congress*, Knopf, New York, 1979; J.G.A. POCOCK, *States, Republics, and Empires: The American Founding in Early Modern Perspective*, in T. BALL, J.G.A. POCOCK (eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, 1988, p. 57 ss.

²³⁶ J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, cit., p. 1043.

Nel momento in cui si giunse alla *Convention* di Philadelphia, fu chiaro che gli Stati non potevano più essere considerati attendibili quanto al rispetto delle direttive congressuali 'sovraordinate'. Terminata la guerra con la Madrepatria, infatti, il *Confederation Congress* aveva di fatto cessato di avere ogni effettiva autorità sulle unità statali, non più preoccupate dall'evento bellico conseguente alla Rivoluzione.

Il problema divenne come risolvere le eventuali resistenze locali nei confronti dello Stato centrale, dato che: «The fundamental defect of the Confederation was that Congress lacked the sanctioning power necessary to make the states carry out its decisions»²³⁷.

Inizialmente, si pensò di dotare il *National government* di strumenti coercitivi, ipotizzandosi una specifica previsione costituzionale in grado di attribuire al livello centrale il potere di forzare gli Stati al rispetto delle norme federali (il c.d. '*congressional negative*'). L'idea fu presto abbandonata, perché ritenuta non coerente con l'ideologia di fondo del sistema giuridico statunitense: «[T]he use of force ag[ainst] a State, would look more like a declaration of war, than an infliction of punishment»²³⁸.

L'attenzione si volse allora al potere giudiziario; ironicamente, fu il soggetto destinato tradizionalmente ad essere un mero cammeo del 'mito' fondativo della giustizia costituzionale a delineare con nitida evidenza questa vocazione di tenuta del sistema:

²³⁷ «The fundamental defect of the Confederation was that Congress lacked the sanctioning power necessary to make the states carry out its decisions»: J. MADISON, *Vices of the Political System of the United States*, in R.A. RUTLAND (ed.), *The Papers of James Madison*, 9, University of Virginia Press, Charlottesville, 1975, p. 345. V. anche C.W. PIERSON, *State Rights and the Supreme Court*, in *Lawyer & Banker & Southern Bench & Bar Review*, 17, 1924, p. 282 ss.

²³⁸ *Notes of James Madison on the Federal Convention (May, 31, 1787)*, in M. FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1, Yale University Press, New Haven, 1966, p. 47. V. anche C.H. HOBSON, *The Negative on State Laws: James Madison, the Constitution, and the Crisis of Republican Government*, in *The William & Mary Quarterly*, 36, 1979, p. 215 ss.

«[i]f the judges in the last resort depend on the States [and] are bound by their oaths to them and not to the Union, the intention of the law and the interests of the nation may be defeated by the obsequiousness of the Tribunals to the policy or prejudices of the States»²³⁹; «... [state judges swear an oath of fidelity] to the general as well as local constitution, and an appeal should lie to some national tribunals in all cases to which foreigners or inhabitants of other States may be parties»²⁴⁰.

Cominciò così a prendere corpo l'idea che il controllo da parte dei giudici sull'attività legislativa (anche) degli Stati membri potesse essere il metodo migliore per garantire la tenuta dell'architettura istituzionale federale²⁴¹. Tipologia di controllo, come già visto in precedenza²⁴², che all'epoca del *drafting* costituzionale era ormai un patrimonio giuridico-culturale diffuso nel territorio nordamericano²⁴³.

Il fatto che i giudici potessero rifiutarsi di applicare la legislazione in contrasto con la Costituzione era addirittura una circostanza che vedeva concordi sia i federalisti, sia gli antifederalisti²⁴⁴. I meccanismi di *judicial review* dell'attività legislativa, inoltre, giocarono un ruolo cruciale nella difesa della Costituzione da parte dei primi, soprattutto quale replica all'affermazione dei secondi che essa avrebbe istituito un *National government* in grado di assorbire gli Stati e le libertà individuali:

²³⁹ Letter from James Madison to Edmund Randolph (Apr. 8, 1787), in R.A. RUTLAND (ed.), *The Papers of James Madison*, 9, cit., p. 368.

²⁴⁰ Letter from James Madison to George Washington (Apr. 16, 1787), in R.A. RUTLAND (ed.), *The Papers of James Madison*, 9, cit., p. 384.

²⁴¹ Si veda anche A.H. MONROE, *The Supreme Court and the Constitution*, in *The American Political Science Review*, 18, 4, 1924, p. 737 ss.

²⁴² Cfr. *supra*, § 2.

²⁴³ Inoltre, «Participants confirmed that the Constitution established judicial review of federal legislation in no fewer than seven ratifying conventions»: S.B. PRAKASH, J.C. YOO, *The Origins of Judicial Review*, in *University of Chicago Law Review*, 70, 2003, p. 955 e *ivi sub* nt. 261.

²⁴⁴ V., per un'approfondita ricostruzione storica, J.C. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996, pp. 1374-1391.

«*Judicial review was to serve two functions, first as a guarantor of state sovereignty, and second as a protector of a state's ability to promote and preserve the rights and liberty of the people*»²⁴⁵.

Il concetto originario di *judicial review* nacque però a tratti 'indefiniti': lungi dal rinvenirsi in qualche specifico organo il depositario del significato costituzionale, era il potere giudiziario generalmente inteso che si sarebbe potuto e dovuto pronunciare sull'invalidità della legislazione in contrasto con la Costituzione.

Fu per questo che venne in essa inclusa la *Supremacy Clause*²⁴⁶. Unitamente a quest'ultima, vennero così circoscritti, seppur implicitamente, i meccanismi operativi del *judicial review of legislation*: porre la Costituzione in posizione di primazia nella gerarchia delle fonti sarebbe stato un fattore poco utile, se questo non fosse stato assistito da strumenti operativi in grado di poterne dare concreta attuazione.

Il *judicial review* quale meccanismo operativo funzionale al federalismo per il tramite della *Supremacy Clause* divenne in tal modo un elemento essenziale dell'originario *drafting* costituzionale²⁴⁷.

Di là delle istanze proprie del pensiero *Anti-Federalist*, il principale obiettivo della *Convention* di Philadelphia era rappresentato dal desiderio di rafforzare il *National government*, in modo tale da poter garantire l'*unità costituzionale*

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 1313. Oltre che alla limitazione dei 'moti di ribellione' statali, l'attenzione dei *founding fathers* era pur sempre rivolta anche al rischio monopolistico dell'attività normativa congressuale: v. "BRUTUS", *Essay I*, N.Y.J., Oct. 18, 1787, in H.J. STORING (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, 2, University of Chicago Press, Chicago, 1981, p. 363 ss.

²⁴⁶ U.S. Constitution, art. VI, *section 2*: «This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding».

²⁴⁷ Cfr. J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, cit., p. 1047.

della Federazione²⁴⁸. In tal senso, divenne coerente la previsione di una generalizzata possibilità di controllo giudiziale della normativa incostituzionale eventualmente adottata dal livello ‘inferiore’ di governo – quello rappresentato dagli Stati membri.

Lungi da un *judicial review* solamente statale, però, è la lettera della Costituzione a restituire diversi elementi testuali in senso favorevole ad un controllo giudiziale dell’attività legislativa rivolto anche nei confronti delle leggi incostituzionali eventualmente adottate dal livello ‘superiore’ di governo – quello federale²⁴⁹.

Nel contesto della sovranità degli Stati e della tutela dei diritti individuali, trovò così sviluppo la teorizzazione del *judicial review* contenuta nel *Federalist* 78²⁵⁰.

In primo luogo, viene in considerazione l’art. III della Costituzione, con riferimento al quale anche in *Marbury v. Madison* viene affermato che la competenza dei giudici a decidere tutti i casi *arising under the Constitution*

²⁴⁸ V. G.M. VETTER JR., *Who is Supreme: People, Court or Legislature?*, in *American Bar Association Journal*, 45, 10, 1959, pp. 1051-1055.

²⁴⁹ Argomento, questo, oggetto di ampio dibattito nella dottrina statunitense: cfr. *contra* R.G. STREET, *How Far Questions of Policy May Enter into Judicial Decisions*, in *Reports of the American Bar Association*, 6, 1883, p. 179 ss.; J.B. THAYER, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit., p. 144; E.S. CORWIN, *The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress*, in *Michigan Law Review*, 4, 1906, p. 616 ss.; L.B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, in *Political Science Quarterly*, 26, 1911, p. 238 ss.; D. ALFANGE JR., *The Supreme Court and the National Will*, Doubleday, New York, 1937, p. 31; I. FEINSTEIN, *The Court Disposes*, Covici Friede Publisher, New York, 1937, pp. 56-57; H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., p. 1 ss.; C.L. BLACK JR., *The People and the Court*, cit.; R.E. CUSHMAN, *The Supreme Court and the Constitution*, in A. HAINES COPE, F. KRINSKY (eds.), *Franklin D. Roosevelt and the Supreme Court*, 2nd, D.C. Heath, Lexington, 1969, p. 60; J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1981; W.E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court Reborn*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1995, pp. 214-216; M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 99 ss.

²⁵⁰ Cfr. J.C. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, cit., p. 1376.

sarebbe stato «too extravagant to be maintained», se non accompagnato dalla previsione che le Corti potessero ergersi a interpreti generali del dettato costituzionale.

Del resto, non vi sono indicazioni desumibili dal testo costituzionale che permettano di leggere l'onnicomprendensiva espressione *arising under* solamente con riferimento alla legislazione statale:

«... suppose that both the federal government and several states enacted identical legislation prohibiting the burning of the American flag. According to critics of federal judicial review, both the federal and state courts must set aside the state law if it is in conflict with the Constitution. Thus, these critics believe that the operation of the “judicial power” and “arising under” jurisdiction cedes to federal courts the authority to invalidate the state law ...»²⁵¹.

Ragionando *a contrario*: dal silenzio della Costituzione sulla previsione che espressamente autorizzi un *judicial review* di legislazione federale, non può concludersi che questo potere difetti.

In secondo luogo, viene in considerazione l'art. VI della Costituzione, la c.d. *Supremacy Clause* già sopra ricordata. Non c'è evidenza che alcune parti del *Supreme Law of the Land* – «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land» – rientrino nella cognizione di uno scrutinio giudiziale di costituzionalità, mentre altre ne restino escluse. Anche in questo caso, il dato testuale supporta l'idea che le Corti devono rifiutare di dare attuazione alla legislazione incostituzionale, a prescindere dal livello di governo che la pone in essere.

La *Supremacy Clause* è, poi, chiara nel ricomprendere come *law* anche la stessa Costituzione, la quale potrà (*rectius*, dovrà) essere interpretata e

²⁵¹ S.B. PRAKASH, J.C. YOO, *The Origins of Judicial Review*, cit., pp. 900-901.

applicata dalle Corti identificate nella stessa – al cui vertice gerarchico sta la *Supreme Court* –, così come da quelle istituite dal Congresso.

Unitamente alle conclusioni di *Marbury v. Madison*, questa considerazione permette di evidenziare un ulteriore aspetto – perlopiù inespresso – del *drafting* costituzionale, e cioè la tendenza ‘accentratrice’ del *judicial review of legislation* delle origini.

La decisione è sicuramente coerente con la gerarchia delle norme posta dalla Costituzione, secondo cui quest’ultima prevale sugli *Statutes* ad essa contrastanti. Allo stesso tempo, essa stabilisce indirettamente un preciso punto d’appoggio – *rectius*, precedente – per un *judicial review* che si spinge oltre alla mera declaratoria di incostituzionalità di un atto normativo: né il potere legislativo, né quello esecutivo, sono in essa soggetti ad alcun ordine giudiziale diretto, essi non avendo di conseguenza l’effettivo potere di contestare questa pronuncia²⁵² (ad esempio, non dandone ottemperanza).

Marbury v. Madison, pertanto, rappresenta l’inizio di un percorso interpretativo della *Supreme Court* che permette di ricollegare le origini del sistema di giustizia costituzionale statunitense alle caratteristiche di un sistema geneticamente ‘accentrato’.

In questa narrazione della genesi del ‘mito’, la *Supreme Court* agisce infatti come una Corte costituzionale, nella misura in cui risolve *public law issues* e dimostra di avere autoconsapevolezza della propria funzione di ‘creare diritto’. Per di più, dimostra di risolvere una questione che non è né preminente, né necessaria alla propria decisione²⁵³: l’attività interpretativa della *Supreme Court* evidenzia così una funzione di ‘astrattezza’ del

²⁵² La *judicial supremacy* della *Supreme Court* viene rinvenuta espressamente per la prima volta nella nota decisione *Cooper v. Aaron*, cit.: cfr. R.A. EPSTEIN, *The Natural Law Influences on the First Generation of American Constitutional Law: Reflections on Philip Hamburger’s Law and Judicial Duty*, cit., pp. 122-123.

²⁵³ Cfr. J. GREENE, *The Supreme Court as a Constitutional Court*, in *Harvard Law Review*, 128, 1, 2014, pp. 142-143.

controllo, ben distante dai tratti definitivi tradizionali del modello ‘diffuso’ di giustizia costituzionale²⁵⁴.

In un momento storico in cui a dover essere legittimato era un testo costituzionale nato da una rivoluzione, la posta in gioco era talmente alta che non ci si sarebbe potuti permettere la non uniformità interpretativa dello stesso, pena il crollo dell’ordinamento teorizzato dai *Framers*.

Ciò che Marshall ha espresso è la necessaria uniformità ‘di sistema’ nella *constitutional interpretation*, garantita grazie all’attività ermeneutica privilegiata della *Supreme Court*.

In conclusione, la nascita del *judicial review of legislation* statunitense getta le proprie basi nell’epoca coloniale, trova legittimazione nella fase rivoluzionaria e, infine, viene consacrato nell’era costituzionale grazie alla definitiva ricognizione del pensiero giuridico-culturale preesistente operata tramite *Marbury v. Madison*.

Tuttavia, se si guarda a questa pronuncia per *creare un modello*, la sua portata deve essere rinvenuta non tanto nella ‘diffusività’ del controllo di costituzionalità, quanto nella legittimazione di un sistema costituzionale unitario garantito in ultima istanza dall’interpretazione armonizzatrice (nonché autoritativa, grazie al sistema del precedente giudiziale²⁵⁵) della *Supreme Court*.

Se il sistema, cioè, avesse consentito una molteplicità di interpretazioni della Costituzione, esso avrebbe creato incoerenza e probabilmente portato alla deflagrazione dello stesso.

È così che le istanze del federalismo statunitense, unite alla forma scritta del testo costituzionale e alla teoria della separazione dei poteri, hanno portato la *Supreme Court* a ergersi sin dal principio al ruolo di *final adjudicator in constitutional issues*, similmente ad una Corte costituzionale di impostazione kelseniana.

²⁵⁴ «Abstract review does not mean ex ante review ... Abstract review ... is the power to review legislation or executive action before there is an injury to a private plaintiff»: *ibidem*.

²⁵⁵ Cfr. *amplius infra*, cap. IV, § 2.

Ciò a cui si assiste nel ‘mito’ fondativo, dunque, non è tanto la creazione di un modello *diffuso, concreto e con effetti decisionali inter partes*, quanto la venuta ad esistenza di un sistema unitario di *adjudication* della lettera della Costituzione, in cui il supremo organo giudiziario ‘accentra’ su di sé il *judicial constitutional meaning*.

CAPITOLO III

LA CORTE SUPREMA E L'ACCENTRAMENTO

DEL DIRITTO COSTITUZIONALE.

FEDERALISMO, VOLONTÀ POPOLARE E *CONSTITUTIONAL ADJUDICATIONS*

SOMMARIO:

1. Le dinamiche del federalismo, Costituzione e *Judicial Review of Legislation*. – 2. (segue) *Supreme Court* e *Federalism Cases*. – 3. «Constitution as ideology, and ideology as Constitution»: la via costituzionale al monopolio interpretativo della *Supreme Court*. – 4. (segue) Il *Judicial Review of Legislation* come meccanismo equilibratore del sistema costituzionale. – 5. *Politics* o *Policies*? La Corte Suprema come *Constitutionally-oriented Institution*. – 6. (segue) *One Supreme Court* in difesa della Costituzione. L'accentramento genetico della giustizia costituzionale statunitense. – 7. *Substantive Activity in Constitutional Adjudications*: una Corte (Suprema) 'costituzionale'?

1. LE DINAMICHE DEL FEDERALISMO, COSTITUZIONE E *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION*

Come s'è già visto nel capitolo precedente, il ruolo della *Supreme Court* non può essere compreso pienamente senza considerare i principi costituzionali e il *background* culturale in forza dei quali essa è stata posta al vertice del potere giudiziario statunitense.

Sotto il profilo dell'organizzazione istituzionale, è opportuno muovere dalla opinione – che si ritiene giuridicamente condivisibile – secondo cui «American constitutional law is primarily political theory dressed in lawyers language»²⁵⁶. Secondo tale impostazione, anche i giudici della Corte

²⁵⁶ E. LATHAM, *The Supreme Court as a Political Institution*, in *Minnesota Law Review*, 31, 1947, p. 205. L'A. specifica che «in the manner of speaking of lawyers ... public law is more commonly supposed to concern itself with the activities of public institutions, in their relations with each other and, collectively, as government, in their relations to the people. So

Suprema, quando intervengono su controversie costituzionali, si confrontano inevitabilmente con questioni inerenti *politics* dell'ordinamento.

Volendo proseguire nella ricerca dei tratti di accentramento del sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America, nel corso del presente capitolo si svilupperà un percorso logico che muove dal rilevante impatto istituzionale (e costituzionale) della Corte sul *frame of government*, per giungere poi all'analisi delle ragioni di tale 'accentramento' attraverso l'analisi della *substantive activity* della stessa. In quest'ottica, occorre anzitutto considerare il ruolo di salvaguardia dell'architettura istituzionale garantito in ultima istanza dall'attività interpretativa costituzionale di ultima istanza della *Supreme Court*. Solo così è possibile apprezzare da vicino quale ne è l'effettiva portata, valutando quegli aspetti – ad esempio, la dibattuta titolarità della *final constitutional interpretation*, il possibile e controverso ruolo 'politico', la *procedural activity* volta a dirimere sempre più spesso *constitutional disputes* – che fanno dell'accentramento del controllo delle questioni di costituzionalità il carattere *pertinente* della classificazione del modello statunitense.

Le considerazioni appena formulate muovono anche dalla letteratura che assegna alla Corte Suprema carattere 'politico'²⁵⁷. Pur non ritenendosi sostenibile la tesi che giunge a considerarla un'istituzione in grado di sostituirsi *de facto* al legislatore²⁵⁸, se ne condivide però la seguente

considered, public law (including American constitutional law) is concerned with politics in its broadest sense ...».

²⁵⁷ Cfr. *amplius infra*, § 3.

²⁵⁸ V. l'impostazione di P.B. KURKLAND, *Toward a Political Supreme Court*, in *University of Chicago Law Review*, 37, 1969, pp. 45-46, il quale arriva a definire la Corte come antidemocratica ed elitaria: «The Court is not a democratic institution, either in makeup or function ... It ought not to intervene to frustrate the will of the majority except where it is essential to its function as guardian of interests that would otherwise be unrepresented in the government of the country ... It must have the talent and recognize the obligation to explain and perhaps persuade the majority and the majority's representatives that its reasons for frustrating majority rule are good ones ... The Court, in performing what it is, by definition,

obiezione: che, cioè, essa risulta uno dei principali detentori di potere 'costituzionale' all'interno del sistema. Grazie a questo ruolo privilegiato, la Corte è ed è stata un attore di primo piano nello sviluppo di alcuni istituti caratterizzanti l'ordinamento statunitense, quali il federalismo e la separazione dei poteri²⁵⁹.

Per quanto riguarda il ruolo di salvaguardia dell'architettura istituzionale federale, le evidenze storiche dimostrano che i problemi collegati alla suddivisione tra competenze statali e federali furono sin dal principio una delle questioni basilari portate all'attenzione (e risoluzione) della *Supreme Court*, oltre ad essere, di fatto, alla base delle motivazioni che giustificarono la creazione di quest'ultima.

All'inizio del XIX secolo, la Corte Marshall arrivò a sostenere la c.d. *federalist conception*, sancendo il ruolo privilegiato del *federal government* nella definizione delle aree di sua competenza. L'esempio forse più rilevante di questa impostazione è riscontrabile nella decisione *McCulloch v. State of Maryland*²⁶⁰, la cui importanza risiede nel fatto che è la *Supreme Court*, nell'esercizio di *judicial review* quale Corte di vertice della gerarchia giudiziaria federale, a decidere in merito ai confini costituzionali propri dei

an unpopular task, is none the less dependent on popular support to keep it a viable institution».

²⁵⁹ V. E.L. SHOUP, *Government of the American People*, Ginn & Co., Boston, 1946, pp. 535-536: «... (1) federalism, the division of powers between two separate agencies of considerable independence, the States and the Federal government; (2) the separation of powers among three largely independent departments, legislative, executive, and judicial ... ; (3) and the universal principle of limited government, which in practice confines all officers to duties prescribed by constitutions and statutes, and makes all acts beyond such authorizations null and void. These three main landmarks in the contour of the American political panorama have fostered, if they did not create, the system of judicial review».

²⁶⁰ Supreme Court of the United States, 17 U.S. (4 Weath.) 316 (1819). V., in tema di dibattito sulla genesi della giustizia costituzionale statunitense, K. ROOSEVELT III, H. KHAN, *McCulloch v. Marbury*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 19-33*, 2019, p. 263 ss.

diversi livelli di governo²⁶¹. Si tratta, in altre parole, di un importante esempio di interpretazione privilegiata della Costituzione riservata al più alto grado del potere giudiziario federale, in grado di mostrare la capacità di ‘accentramento’ nella risoluzione di *constitutional issues*.

Alla pronuncia citata ne sono seguite poi altre del medesimo tenore. Grazie alla risoluzione di controversie ‘federali’, la Corte Suprema è risultata – in modo pressoché costante nel corso del tempo – uno degli organi istituzionali in grado di conformare l’ordinamento decentrato in un senso ritenuto compatibile alla Costituzione.

Nel periodo seguente all’entrata in vigore della Costituzione possono costituire degli esempi in tal senso le sentenze *Darhmouth College v. Woodward*²⁶², *Gibbons v. Ogden*²⁶³, *Mayor of New York v. Miln*²⁶⁴, *Smith v. Turner* e *Norris v. Boston* (noti anche come i *Passenger Cases*²⁶⁵), *Dred Scott v. Sandford*²⁶⁶, *State of Texas v. White*²⁶⁷, *The Collector v. Day*²⁶⁸, *United*

²⁶¹ Altri esempi in cui la Corte Marshall si è pronunciata in merito al portato del federalismo all’interno dell’ordinamento costituzionale possono essere i casi Supreme Court of the United States, *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810), oppure *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Weath.) 264 (1821).

²⁶² Supreme Court of the United States, 17 U.S. (4 Weath.) 518 (1819).

²⁶³ Supreme Court of the United States, 22 U.S. (9 Weath.) 1 (1824).

²⁶⁴ Supreme Court of the United States, 36 U.S. 102 (1837).

²⁶⁵ Supreme Court of the United States, 48 U.S. (7 How.) 282 283 (1849).

²⁶⁶ Supreme Court of the United States, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). V. D. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 1978.

²⁶⁷ Supreme Court of the United States, 74 U.S. 700 (1868).

²⁶⁸ Supreme Court of the United States, 78 U.S. 113 (1870).

*States v. Cruikshank*²⁶⁹, *Plessy v. Ferguson*²⁷⁰, *Lochner v. New York*²⁷¹, *Keller v. United States*²⁷², *Hammer v. Dagenhart*²⁷³.

Oltre un secolo dopo, in seguito alla c.d. *New Deal Transformation*²⁷⁴, si possono invece indicare, tra le altre, *Home Bldg. & Loan Association v. Blaisdell*²⁷⁵, *United States v. Jones & Laughlin Steel*²⁷⁶, *Steward Machine Co. v. Davis*²⁷⁷, *United States v. Darby*²⁷⁸, *Wickard v. Filburn*²⁷⁹, *Brown v. Board of Education*²⁸⁰.

Infine, in tempi più recenti, vanno segnalate *Perez v. United States*²⁸¹, *National League of Cities v. Usery*²⁸², *Garcia v. San Antonio Metropolitan*

²⁶⁹ Supreme Court of the United States, 92 U.S. 542 (1875).

²⁷⁰ Supreme Court of the United States, 163 U.S. 537 (1897). In dottrina, v. C.A. LOFGREN, *The Plessy Case: A Legal-Historical Interpretation*, Oxford University Press, New York, 1988.

²⁷¹ Supreme Court of the United States, 198 U.S. 45 (1905). Per una rilettura moderna dei principi ivi contenuti cfr. P. KENS, *Lochner v. New York: Economic Regulation on Trial*, University of Kansas Press, Lawrence, 1998.

²⁷² Supreme Court of the United States, 213 U.S. 138 (1909).

²⁷³ Supreme Court of the United States, 247 U.S. 251 (1918). V. L.E. SAWYER III, *Creating Hammer v. Dagenhart*, in *William and Mary Bill of Rights Journal*, 21, 2012, p. 67 ss.

²⁷⁴ In tema si possono leggere R. HIGGS, *Crisis and Leviathan: Critical Episodes in the Growth of American Government*, Oxford University Press, New York, 1987, p. 159 ss., nonché B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*, Oxford University Press, New York, 1998.

²⁷⁵ Supreme Court of the United States, 290 U.S. 398 (1934).

²⁷⁶ Supreme Court of the United States, 301 U.S. 1 (1937).

²⁷⁷ Supreme Court of the United States, 301 U.S. 548 (1937).

²⁷⁸ Supreme Court of the United States, 312 U.S. 100 (1941).

²⁷⁹ Supreme Court of the United States, 317 U.S. 111 (1942).

²⁸⁰ Supreme Court of the United States, cit. (1954). V. R. KLUGER, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Vintage, New York, 1976.

²⁸¹ Supreme Court of the United States, 402 U.S. 146 (1971).

²⁸² Supreme Court of the United States, 426 U.S. 833 (1976).

*Transit Authority*²⁸³, *South Dakota v. Dole*²⁸⁴, *United States v. Lopez*²⁸⁵, *Romer v. Evans*²⁸⁶, *United States v. Morrison*²⁸⁷, *Shelby County v. Holder*²⁸⁸, *Windsor v. United States*²⁸⁹.

La tutela giudiziale dei *boundaries* costituzionali da parte della Corte Suprema ha però trovato una forte critica in quella parte di dottrina che ha inteso limitare agli organi propriamente politici la risoluzione dei contrasti tra diversi livelli di governo²⁹⁰. In tal senso, si è sostenuto che il potere giudiziario non debba intervenire nelle questioni riguardanti le istanze del federalismo, vuoi perché il circuito della politica nazionale è di per sé

²⁸³ Supreme Court of the United States, 469 U.S. 528 (1985).

²⁸⁴ Supreme Court of the United States, 483 U.S. 203 (1987).

²⁸⁵ Supreme Court of the United States, 514 U.S. 549 (1995).

²⁸⁶ Supreme Court of the United States, 517 U.S. 620 (1996).

²⁸⁷ Supreme Court of the United States, 529 U.S. 598 (2000).

²⁸⁸ Supreme Court of the United States, 133 S.Ct. 2612 (2013).

²⁸⁹ Supreme Court of the United States, 133 S.Ct. 2675 (2013).

²⁹⁰ La teoria della c.d. *political safeguards of federalism*: cfr. H. WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism*, cit., p. 543 ss.; J.H. CHOPER, *The Scope of National Power Vis-à-Vis the States: The Dispensability of Judicial Review*, in *Yale Law Review*, 86, 1977, p. 1552 ss.; ID., *Judicial Review and the National Political Process*, cit., p. 171 ss. Per un'applicazione giurisprudenziale dei principi fatti propri dalla dottrina richiamata, si può leggere Supreme Court of the United States, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit. *Contra*, però, cfr. Supreme Court of the United States, *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991); Supreme Court of the United States, *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); Supreme Court of the United States, *United States v. Lopez*, cit.

sufficiente a proteggere gli interessi degli Stati²⁹¹, vuoi perché tali controversie possono essere considerate addirittura *nonjusticiable*²⁹².

I limiti di una mera *political safeguard* del federalismo, tuttavia, sembrano emergere – oltre che dalla rilevanza sul punto delle decisioni sopra richiamate – dallo studio dei materiali storici di riferimento per il *drafting* costituzionale. Questi portano all'evidenza che i *Framers* hanno inteso porre lo strumento del *judicial review* quale metodo di risoluzione dei possibili conflitti tra i livelli federale e statale.

Emerge così l'importanza di quella che attenta dottrina ha definito come *judicial safeguard of federalism*²⁹³. La tutela assicurata all'architettura costituzionale (federale) per il tramite del *judicial review of legislation*, infatti, diviene indispensabile soprattutto a causa del ruolo tradizionalmente riservato agli Stati all'interno del sistema politico nazionale: questi non sono solo strumenti operativi decentralizzati, ma primi difensori dei diritti dei cittadini e 'controllori' dei poteri (costituzionali) esercitati dal governo federale.

²⁹¹ In tal senso H. WECHSLER, *op. ult. cit.* Pur non definendo in negativo alcun ruolo per il *judicial review* nell'ambito delle questioni federali, l'A. argomenta che i *Framers* concepirono gli organi politici come cruciali nella protezione degli interessi degli Stati: «[f]ederal intervention as against the states is ... primarily a matter for congressional determination in our system as it stands». Primaria importanza, in particolare, rivestono questi ultimi nella selezione e composizione degli organi rappresentativi nazionali, come ad esempio l'eguale rappresentanza nel Senato. Si consideri, inoltre, che il X emendamento è espressione di quell'autonomia della società che il diritto costituzionale deve garantire: v. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.

²⁹² Cfr. J.H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process*, cit., pp. 174 ss.: al pari di quanto affermato da H. Wechsler, l'A. sostiene che il circuito politico sia quello deputato a risolvere le controversie inerenti alle limitazioni costituzionali ai poteri federali e, di conseguenza, a proteggere gli interessi degli Stati. Non limitandosi a ciò, egli giunge anche a sostenere che il potere giudiziario debba essere totalmente estromesso dalla valutazione di questioni riguardanti la sovranità statale, la cui risoluzione deve essere demandata agli organi politici – il Congresso e il Presidente.

²⁹³ V. J.C. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, cit., p. 1313.

2. (SEGUE) *SUPREME COURTE FEDERALISM CASES*

Questa stretta relazione tra federalismo e *judicial review* si riscontra nel dibattito tra *Federalists* e *Anti-Federalists* in merito alle sfere che avrebbero dovuto essere assegnate al livello federale di governo, da un lato, e a quello degli Stati membri, dall'altro. Non può poi ignorarsi che le problematiche di un sistema politico-costituzionale in grado di distribuire l'autorità tra differenti livelli di governo coesistenti all'interno del medesimo territorio si davano già nell'Impero britannico e nelle sue Colonie²⁹⁴. Non furono certo i *Framers* della Costituzione statunitense a inventare le dinamiche del federalismo: i problemi su come allocare le competenze e regolamentare le relazioni tra centro e periferia, come detto, hanno accompagnato in varia misura ogni organizzazione 'imperiale' della storia, sebbene «The Framers split the atom of sovereignty. It was the genius of their idea that our citizens would have two political capacities, one state and one federal, each protected from incursion by the other»²⁹⁵.

Nel contesto nordamericano, però, quella del federalismo fu una tematica avvertita come prioritaria in seno alla *Convention* costituzionale, dovendosi bilanciare la volontà di ridurre la sovranità degli Stati e quella di evitare un assolutismo centralista²⁹⁶. Il connubio tra separazione dei diversi livelli di governo – il federalismo – e separazione dei poteri – esecutivo, legislativo e

²⁹⁴ Il più importante fattore in grado di influenzare il pensiero politico dei *Framers* era pur sempre la propria esperienza recente, e dunque la relazione con la Corona britannica. In dottrina, v. C.A. LOFGREN, *The Origins of the Tenth Amendment: History, Sovereignty, and the Problem of Constitutional Intention*, in R.K.L. COLLINS, *Constitutional Government in America*, Carolina Academic Press, Durham, 1980, pp. 331-337; J.P. GREENE, *Peripheries and Center: Constitutional Development in the Extended Politics of the British Empire and the United States, 1607-1788*, Norton, New York, 1986, pp. 7-18.

²⁹⁵ Cfr. Supreme Court of the United States, *United States Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995). In dottrina, v. specialmente S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, cit.

²⁹⁶ «The revolution did not truly solve the challenge of distributing power between the national and state governments; it was the delegates to the Philadelphia Convention who finally attempted to find a solution to the problem»: J.C. YOO, *op. ult. cit.*, p. 1362.

giudiziario – è stato per questo motivo la soluzione ritenuta in grado di assicurare un bilanciamento di interessi²⁹⁷; in particolare, la soluzione organizzativa fatta propria dalla Costituzione degli Stati Uniti d’America è stata quella di dotare il Congresso – dunque, il livello di governo centrale – di numerosi poteri, molti più di quelli previsti nel ‘precedente costituzionale’ rappresentato dagli *Articles of Confederation*²⁹⁸: imporre tasse e dazi, concedere prestiti, regolamentare i mercati interstatali e verso l’estero, condurre relazioni internazionali e istituire un esercito indipendente²⁹⁹. Con particolare riferimento alle relazioni ‘normative’ tra centro e periferia, poi, la previsione della *Supremacy Clause*³⁰⁰ e l’istituzione di un potere esecutivo e uno giudiziario indipendenti permisero all’amministrazione centrale di non essere più vincolata all’azione degli Stati per eseguire o sindacare la normativa di questi ultimi.

Questi riferimenti contenuti nel testo costituzionale sembrano tendere a un rinforzo dell’azione del *national government*; tuttavia, va precisato che la *Convention* di Philadelphia restituì di fatto un livello di governo locale ancora fondamentalmente intatto, quanto a sovranità³⁰¹: basti considerare come

²⁹⁷ «In the compound republic of America, the power surrendered by the people, is first divided between two distinct and separate departments, and then the portion allotted to each, subdivided among distinct and separate departments. ... Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will controul each other; at the same time that each will be controuled by itself»: J. Madison, *The Federalist* No. 51, in J.E. COOKE (ed.), *The Federalist*, Wesleyan University Press, Middletown, 1961, p. 351.

²⁹⁸ Entrati in vigore a far data dal 1° marzo 1781, rappresentarono il primo tentativo di stabilire un bilanciamento tra i poteri degli Stati e del governo nazionale: *ex multis*, J.N. RAKOVE, *The Beginnings of National Politics: An Interpretive History of the National Congress*, cit.; S.B. PRAKASH, *Field Office Federalism*, in *Virginia Law Review*, 1993, pp. 1964-1965.

²⁹⁹ Cfr. art. 1, *section* VIII e X, U.S. Constitution

³⁰⁰ Cfr. nt. 35.

³⁰¹ Non si intende entrare nel dettaglio della questione, assai dibattuta, relativa alla preferenza originariamente accordata dal testo costituzionale agli Stati o al *national government*. Si rinvia, fra i molti, a M.R. KILLENBECK, *Madison, M’Culloch, and Matters of Judicial Cognizance: Some Thoughts on the Nature and Scope of Judicial Review*, in *Arkansas Law*

l'unica clausola che venne costituzionalmente ed espressamente protetta da futuri emendamenti fu il diritto di ciascuno Stato all'uguale rappresentanza in Senato³⁰².

Per comprendere l'importanza del *judicial review* e del ruolo svolto dalla *Supreme Court* nel garantire questo sistema di governo, allora, sembra anzitutto utile considerare come i *political branches* del costituzionalismo statunitense non siano dotati delle capacità di esercitare una funzione di garanzia analoga. In particolare, l'organo idealmente rappresentativo degli interessi degli Stati – il Senato – non si presta pienamente a tale compito.

In primo luogo, viene in rilievo come il Senato risulti un'istituzione in grado di andare oltre l'idea di una *House of Representatives* riservata agli Stati, posto che il suo carattere rappresentativo sembra quasi incidentale rispetto alle funzioni sostanziali. Come esattamente evidenziato in dottrina,

«The Framers intended the Senate to constitute a sort of privy council that would safeguard the interests of the nation as a whole. Thus, the Convention gave the Senate its special role in the treatymaking process, a power that under the British constitution rested solely with the Crown, and the power of advice and consent in the appointment of federal judges and executive branch officials, which were also powers that under the British constitution had rested solely in the hands of the king»³⁰³.

In secondo luogo, nelle modalità di voto ciascun senatore ha a disposizione una preferenza per l'entità statale nel suo complesso, un meccanismo che

Review, 55, 2002, p. 914 ss.; I. SOMIN, *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization more than State Autonomy*, cit., p. 448 ss.

³⁰² Cfr. art. V, U.S. Constitution: «... no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate». V. M. FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, I, cit., pp. 629-631.

³⁰³ J.C. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, cit., p. 1369. V. altresì J.N. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, A. Knopf, New York, 1996, p. 78.

difficilmente si presta a ben rappresentare eventuali interessi particolari all'interno dello Stato rappresentato.

Infine, gioca un ruolo rilevante la circostanza per cui la Costituzione espressamente pone il compenso destinato ai singoli senatori a carico del livello nazionale di governo³⁰⁴.

Queste differenze tra ideale fulcro di rappresentanza degli interessi degli Stati ed effettivo coinvolgimento nel *national government* fanno comprendere perché la Camera alta degli Stati Uniti d'America non possa essere intesa come l'organo istituzionale ideale per garantire a pieno titolo l'organizzazione costituzionale federale. È per questo motivo che i *Framers* concepirono il *federal judiciary* come il potere effettivamente garante dei possibili contrasti tra i diversi livelli di governo³⁰⁵.

La stessa accettazione dell'esistenza del *judicial review of legislation* nel disegno della Costituzione depone in tal senso³⁰⁶: è la lettura combinata dell'art. III, *section 2*, Cost. (il quale dota la *Supreme Court* di *original jurisdiction* in merito alle controversie nelle quali «a State shall be Party», nonché di *appellate jurisdiction* per tutte quelle «arising under» il testo costituzionale) e dell'art. VI Cost. (la c.d. *supremacy clause*), che fornisce alla Corte Suprema la competenza a decidere in via privilegiata dell'incostituzionalità della normativa riguardante *federalism cases*³⁰⁷.

Pur senza negarsi che la Costituzione, come originariamente concepita, prevedeva la possibilità che i poteri legislativo ed esecutivo potessero intervenire nel sagomare la corretta estensione dei diversi livelli di governo, le evidenze storiche dimostrano dunque che è principalmente il terzo e

³⁰⁴ Emblematiche, sul punto, sono le conclusioni espresse in seno alla *Convention* costituzionale a giustificazione di tale previsione: «[the] Senate was to represent and manage the affairs of the whole, and not to be the advocates of State interests»: v. M. FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, II, cit., pp. 290-292.

³⁰⁵ V. *amplius* F. PALERMO, M. NICOLINI, *Il Bicameralismo*, cit., pp. 149-153.

³⁰⁶ Cfr. cap. II, § 4.

³⁰⁷ Cfr. J.C. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, cit., p. 1372.

diverso potere – quello giudiziario – ad essere stato considerato il principale difensore dei ‘confini’ istituzionali posti dalla lettera costituzionale.

Con le parole di Brutus:

«... the court must and will assume certain principles, from which they will reason, in forming their decisions. These principles ... when they become fixed, by a course of decisions, will be adopted by the legislature, and will be the rule by which they explain their own powers. This appears evident from this consideration, that if the legislature pass laws, which, in the judgement of the court, they are not authorized to do by the constitution, the court will not take notice of them; for it will not be denied, that the constitution is the highest or supreme law. And the courts are vested with the supreme and uncontrollable power, to determine, in all cases that come before them, what the constitution means ...»³⁰⁸.

Questo ruolo di garante degli assetti istituzionali in capo alla *Supreme Court* deriva altresì dalla considerazione dei *Framers* che gli organi politici centrali, nella lettura del testo costituzionale, sarebbero in qualche modo dipendenti da talune scelte poste in essere dagli Stati membri³⁰⁹: con riferimento al legislativo nazionale, i senatori fanno affidamento su tale livello di governo per la propria nomina, e i componenti della *House of Representatives* vengono eletti tramite qualifiche impostate dai legislativi statali; con riferimento all'esecutivo nazionale, il Presidente è eletto da un collegio

³⁰⁸ Brutus XII, New York Journal, February 7-14, 1788, in B. BAILYN (ed.), *Debate on the Constitution: Federalists and Antifederalists Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, II, Literary Classics of the United States, New York, 1993, p. 172.

³⁰⁹ Cfr. J. Madison, *The Federalist No. 46*, in J.E. COOKE (ed.), *The Federalist*, cit., p. 317: «... It has been already proved that the members of the federal will be more dependent on the members of the State governments, than the latter will be on the former ...».

composto da soggetti precedentemente selezionati dagli organi legislativi degli Stati³¹⁰.

La funzione di salvaguardia dell'architettura federale in capo al potere giudiziario e, in ultima istanza, alla *Supreme Court*, inoltre, è diretta conseguenza della scarsa fiducia riposta nell'autocontrollo da parte degli organi politici. Infine, discende direttamente anche dalla scelta dell'ordinamento statunitense di dotarsi di una Costituzione scritta: se il potere legislativo fosse giudice di sé stesso, ogni ipotetica espansione dei poteri federali potrebbe invero essere costituzionale per il solo fatto di essere stata legislativamente approvata³¹¹.

È dunque per tutte queste finalità che trova spazio la funzione di garanzia del *judicial review of legislation*, conclusione successivamente trasposta nella decisione da cui origina tradizionalmente la giustizia costituzionale statunitense, *Marbury v. Madison*³¹²: dato che la Costituzione è *supreme law of the land*, e posto che (seguendo la tradizione giuridica di *common law*) il potere giudiziario è il depositario dell'interpretazione del diritto, sarà questo stesso potere ad avere l'autorità di dichiarare contrario a Costituzione qualsiasi ingiustificato esercizio di potere da parte degli organi politici.

Le parole utilizzate da James Wilson – uno dei più influenti pensatori statunitensi in merito al significato da attribuire al testo costituzionale – sono emblematiche in tal senso:

«[U]nder this constitution, the legislature may be restrained, and kept within its prescribed bounds, by the interposition of the judicial department ... For it is possible that the legislature, when acting in that capacity, may transgress the bounds assigned to it, and act may pass ... notwithstanding that transgression; but when it comes to be discussed before the judges–

³¹⁰ Art. II, *section* 1, U.S. Constitution: «Each State shall appoint, in such manner as the legislature thereof may direct, a number of Electors, equal to the whole number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress ...».

³¹¹ Cfr. Brutus VI, New York Journal, Dec. 27, 1787, in B. BAILYN (ed.), *Debate on the Constitution*, cit., p. 619.

³¹² Cfr. nt. 4.

*when they consider its principles, and find it to be incompatible with the superior power of the constitution, it is their duty to pronounce it void»*³¹³.

Nella considerazione di questo ruolo di salvaguardia, si riesce a comprendere anche la discussione su significato e operatività del *judicial review* contenuta nel *Federalist No. 78*³¹⁴: se la Costituzione viene posta in una posizione gerarchicamente superiore rispetto alle altre norme perché ratificata dal popolo e quale espressione della volontà popolare, porre gli organi politici rappresentativi nel ruolo di giudici della costituzionalità dei propri atti equivarrebbe a porli in una posizione preminente rispetto al popolo³¹⁵; grazie alla loro indipendenza e neutralità, invece, le Corti risultano delle istituzioni meglio predisposte per il ruolo di controllo dei poteri costituzionali: «[W]here the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter ...»³¹⁶.

Nell'attività dei *Framers* si deduce dunque la consapevolezza che testo e struttura della Costituzione consentono l'esercizio di *judicial review* per i casi che pongono in discussione la portata del potere federale e i relativi confini di operatività tracciati dalla Costituzione stessa. L'opera armonizzatrice svolta in tal senso dalla *Supreme Court* risulta poi in grado, per il tramite della salvaguardia del *frame of government* federale, di tutelare al massimo anche i diritti degli individui³¹⁷: se gli Stati membri vengono intesi sin dal momento rivoluzionario come i principali protettori dei diritti dei cittadini, la salvaguardia della dimensione statale da possibili ingerenze del livello di

³¹³ J. Wilson, Remarks at Pennsylvania Ratifying Convention (Dec. 1, 1787), in B. BAILYN (ed.), *Debate on the Constitution*, cit., pp. 822-823.

³¹⁴ A. Hamilton, *The Federalist No. 78*, in J.E. COOKE (ed.), *The Federalist*, cit., p. 524 ss.

³¹⁵ «[T]he Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents»: *id.*, p. 525.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ V. W.J. BRENNAN JR., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, 90, 1977, p. 489 ss.; J.C. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, cit., p. 1391.

governo nazionale permette il corretto esercizio di tutti i poteri ad essi costituzionalmente garantiti.

Non era del resto sconosciuta ai *founding fathers* la possibilità che, per gli Stati, l'alternativa a questa tutela in via giudiziale sarebbe stata quella di porre in essere un'opposizione organizzata alle azioni prevaricatrici effettuate dal governo nazionale. Quale ultima possibilità, questa forma di contrasto avrebbe ben potuto condurre all'uso della forza:

«[T]he existence of subordinate governments to which the people are attached, and by which the militia officers are appointed, forms a barrier against the enterprises of ambition, more insurmountable than any which a simple government of any form can admit of»³¹⁸.

Se l'esistenza dell'organizzazione federale – in particolare, degli Stati quali entità autonome e sovrane – risulta allora indispensabile e funzionale alla garanzia dei diritti individuali, ecco che il *judicial review of legislation* operato dalla Corte Suprema è in tal modo capace di ergersi a garante dell'unitarietà di sistema, assicurando il controllo dell'ambito operativo dei diversi livelli di governo (ossia, la volontà del popolo) e, in senso inscindibile, permettendo la protezione dei diritti del popolo stesso.

Appare chiaro, pertanto, il ruolo di salvaguardia istituzionale svolto dalla giustizia costituzionale 'accentrata' in capo alla *Supreme Court*: nell'ottica di garantire l'effettiva libertà del popolo sovrano, l'attività di *judicial review* da questa Corte esercitata si manifesta come il meccanismo ultimo in grado di evitare che uno dei livelli di governo costituzionalmente previsti possa eccedere le limitazioni espressamente poste ai propri poteri.

Il riconoscimento dell'esistenza di un sistema di giustizia costituzionale 'accentrato', pertanto, risulta capace di salvaguardare l'ordinamento statunitense dai conflitti tra centro e periferia, permettendo di comprendere a

³¹⁸ J. Madison, The Federalist No. 46, in J.E. COOKE (ed.), *The Federalist*, cit., pp. 321-322. V. altresì L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 47-50.

pieno l'inscindibile correlazione tra istanze del federalismo, forma scritta del testo costituzionale e separazione dei poteri³¹⁹.

3. «CONSTITUTION AS IDEOLOGY, AND IDEOLOGY AS CONSTITUTION»: LA VIA COSTITUZIONALE AL MONOPOLIO INTERPRETATIVO DELLA *SUPREME COURT*

Da quanto visto nel § che precede, è evidente la coerenza di un sindacato di costituzionalità 'accentrato' con i principi posti alla base dell'ordinamento statunitense delle origini – in particolare, con la volontà di istituire un governo limitato.

Come già anticipato, nel senso della tenuta 'di sistema' del *judicial review of legislation* e del ruolo equilibratore svolto dalla *Supreme Court* depone inoltre l'analisi delle relazioni tra le diverse (e autonome) interpretazioni costituzionali effettuabili da parte dei soggetti del *frame of government*³²⁰.

La problematica dell'interpretazione del significato da attribuire alla Costituzione è un argomento assai dibattuto nella dottrina giuspubblicista statunitense. La più rilevante e conflittuale dicotomia risulta essere quella tra i cc.dd. '*originalists*' – i quali sostengono che la Costituzione dovrebbe, così come ogni altro testo scritto, essere interpretata secondo quello che è il significato che intendevano ad essa dare i *Framers*, o comunque i *Ratifiers* – e i cc.dd. '*non-originalists*' – che sostengono invece l'inapplicabilità dell'intenzione originaria alle problematiche attuali e, al contempo, l'esistenza di altri metodi per determinare il significato della Costituzione, i

³¹⁹ Cfr. cap. II, § 6.

³²⁰ Si può leggere l'interessante analisi svolta in W.F. MURPHY, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, in *The Review of Politics*, 48, 3, 1986, p. 401 ss. e in particolare pp. 404-417, in cui viene posto il seguente interrogativo: «The question of WHO is the ultimate constitutional interpreter poses one of the fundamental problems with which a coherent constitutional theory must come to grips. Any answer will be closely connected to other basic theoretical interrogatives, such as WHAT is the constitution and HOW should it be interpreted ...».

quali ultimi forniscono ai giudici una base molto più ampia per esercitare il sindacato di costituzionalità³²¹.

L'ampiezza e la conflittualità di tale dibattito, tuttavia, hanno spesso ridotto l'argomento dell'interpretazione costituzionale a una questione di *politics* nel senso già in precedenza contestato³²²; viene così dimenticato che, nel disegno costituzionale statunitense, la possibilità di una pluralità interpretativa deriva direttamente da una delle scelte organizzative fondamentali dell'ordinamento. Elaborata come *departmental theory*, si tratta di una logica che suddivide rigidamente (almeno in linea di principio) gli ambiti operativi dei poteri (esecutivo, legislativo e giudiziario), in modo tale che «each department is truly independent from the others, and has an equal right to decide for itself ... the meaning of the Constitution in the cases submitted to its action»³²³.

La suddivisione di tali ambiti sembra riflettersi direttamente anche sull'attività interpretativa che ciascun potere esercita in merito al significato della lettera costituzionale, quasi che il vero significato del *departmentalism* vada letto nel senso che la sovranità operativa di ciascun organo possa essere

³²¹ Nell'ampia letteratura sul tema, si indicano, *ex multis*, le letture date da P.C. BOBBITT, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, New York, 1982; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997; R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1997; R.A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, 2010. Cfr. altresì la lettura data da R.H. FALLON JR., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 100, 1987, pp. 1189-1192.

³²² Cfr. cap. III, § 1 e 2.

³²³ *Letters from Thomas Jefferson to Spencer Roane*, in C.G. FRITZ, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition Before the Civil War*, 57, Cambridge University Press, Oxford, 2007, p. 347. Cfr. W.F. MURPHY, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, cit., pp. 411-412.

completa solamente se accompagnata da quella interpretativa delle stesse disposizioni attributive di potere (*rectius*, della Costituzione)³²⁴.

L'idea di un pluralismo interpretativo a difesa dell'ordinamento costituzionale e, soprattutto, dei possibili abusi operati dal legislatore ha costituito oggetto di discussione sin dal tempo della redazione della Costituzione, tanto che Madison, in sede di *Convention*, propose l'istituzione di un organo di controllo sull'operato del Congresso, composto da Presidente e Corte Suprema:

*«every bill ... shall, before it becomes a law, be severally presented to the President of the United States, and to the judges of the supreme court for the revision ... If, upon such revision, it shall appear improper to either, or both, to be passed into a law, it shall be returned, with the objection against it, to that house, in which it shall have originated»*³²⁵.

La proposta non trovò effettiva applicazione; tuttavia, il sistema di governo degli Stati Uniti d'America funziona secondo dinamiche simili: attraverso la promulgazione di un atto legislativo, ad esempio, l'interpretazione costituzionalmente orientata del Presidente assume una funzione di garanzia *ex ante* della compatibilità a Costituzione dell'attività del Congresso; per converso, la *Supreme Court* se ne erge a garante *ex post*, nel momento in cui un determinato atto legislativo entra in vigore e trova successivamente applicazione in uno o più casi concreti.

Partendo dalla consapevolezza che il *judicial review of legislation* era stato implicitamente considerato al tempo della *Convention* costituzionale, il *departmentalism* – ossia, la ‘sovranità interpretativa’ dei diversi poteri – appare allora come un meccanismo la cui funzione principale è il controllo

³²⁴ «[They] must, in the exercise of its functions, be guided by the text of the Constitution according to its own interpretation of it»: M.S. PAULSEN, *The Most Dangerous Branch: Executive Power To Say What the Law Is*, in *Georgia Law Journal*, 83, 1994, p. 217 ss.

³²⁵ G. HUNT, J. BROWN SCOTTS (eds.), *The Debates in the Federal Convention of 1787 Which Framed the Constitution of the United States*, Oxford University Press, Oxford, 1920, p. 406.

della compatibilità costituzionale dell'attività del potere legislativo. Di per sé sola, in ogni caso, questa scelta organizzativa non è in grado di dare conto di una possibile gerarchia (informale) in seno all'attività interpretativa della Costituzione: e, in definitiva, di restituire l'evidenza di un ruolo privilegiato nell'interpretazione costituzionale in capo alla *Supreme Court*.

Un certo qual grado di *interpretive judicial supremacy* è però del tutto coerente se si volge lo sguardo alla costruzione costituzionale delle origini nel suo complesso. L'impostazione iniziale della Costituzione statunitense, infatti, è stata quella di definire chiaramente i confini operativi del *national government*, in modo tale da impedirne eventuali sconfinamenti attraverso la predisposizione di un sistema di *checks and balances* azionabili dai diversi attori istituzionali. I *Framers* intesero questo tipo di controlli nell'ottica di garantire a ciascun potere una relativa autonomia, predisponendo al contempo un sistema coordinato in grado di assicurare la verifica reciproca dei poteri costituzionalmente garantiti³²⁶.

La creazione di questo sistema coordinato e autonomo diede vita a un'inevitabile pluralità di azioni interpretative del testo costituzionale. A ben vedere, quindi, è lo stesso *frame of government* a deporre in favore di una molteplicità di interpretazioni della Costituzione.

In questo senso, la *departmental theory of government* è in grado di ergersi a «essential precaution in favor of liberty»³²⁷; e il *judicial review of*

³²⁶ «None of [the three branches of government] ought to possess, directly or indirectly, an overruling influence over the others in the administration of their respective powers»: cfr. James Madison, The Federalist No. 48, J.E. COOKE (ed.), *The Federalist*, cit., p. 305. In senso contrario alla limitazione del potere legislativo, in sede di *Convention* costituzionale, era però John Mercer, secondo il quale il *judicial review* era una non necessaria «interference ... in the Legislative business»: v. G. HUNT, J. BROWN SCOTTS (eds.), *The Debates in the Federal Convention of 1787*, cit., p. 406.

³²⁷ G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Norron & Company, New York, 1972, p. 549. Cfr. altresì A.R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, Random House, New York, 2005, p. 62 ss.

*legislation*³²⁸ – potendo prevenire gli abusi concretamente posti in essere dal potere legislativo (l’emanazione di atti normativi contrari a Costituzione) – assicura che il sistema costituzionale risulti funzionale a garantire pienamente le libertà poste a fondamento dell’ordinamento statunitense³²⁹. In tal modo, si può parlare dell’esistenza in Costituzione di una «deductive judicial supremacy»³³⁰, che rende evidente come l’interpretazione giudiziale del testo costituzionale sia in certo qual modo privilegiata rispetto a quella resa dagli altri poteri nell’esercizio delle attribuzioni loro proprie.

Il potere giudiziario si trova così nella posizione privilegiata di definire in concreto il significato (costituzionale) di un atto normativo. Senza giungere a sostenere che la Costituzione è «what the Supreme Court says it mean»³³¹, è tuttavia possibile affermare che essa viene decifrata primariamente attraverso l’attività interpretativa che la Corte Suprema realizza in ultima istanza – o in unica istanza, nel caso di *original jurisdiction*³³².

La coerenza di tale conclusione risiede nel fatto che l’interpretazione costituzionale resa dal potere giudiziario non esclude quella degli altri poteri;

³²⁸ «The availability of judicial review is the necessary condition, psychologically if not logically, of a system of administrative power which purports to be legitimate, or legally valid»: cfr. L.L. JAFFE, *The Right to Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 401 ss.

³²⁹ Come già accennato, non si vuole ignorare l’esistenza di un c.d. *presidential review* delle attività poste in essere dal potere legislativo. Tuttavia, esso appare maggiormente rispondente a una logica di «counterweight to judicial review»: in altre parole, un supplemento del *judicial review*, orientato a decidere dell’interpretazione costituzionale di casi che non raggiungono la concretezza di *cases and controversies*. In dottrina, v. F.H. EASTERBROOK, *Presidential Review*, in *Case Western Reserve Law Review*, 40, 1989-1990, p. 905 ss. e specificamente p. 1286; S.B. PRAKASH, *The Executive Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, in *The Georgetown Law Journal*, 96, 2008, p. 1613 ss.

³³⁰ D.W. TYLER, *Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy*, in *William and Mary Law Review*, 50, 2009, p. 2215 ss.

³³¹ Cfr. nt. 50.

³³² Secondo *Justice Story*, le opinioni dei giudici sono «evidence of what the laws are»: così in Supreme Court of the United States, *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).

la differenza sta nel fatto che, intervenendo in un momento successivo all'entrata in vigore dell'atto legislativo, essa costituirà l'esegesi con il maggior peso per la determinazione della legittimità costituzionale o meno della normativa posta in essere.

Mediante l'istituzione di un sistema organizzativo dipartimentale, il potere giudiziario viene così inteso come la «most convincing authority» per sindacare la costituzionalità degli atti posti in essere dal potere legislativo³³³. Pur discendendo direttamente dal *drafting* costituzionale e dallo stesso momento genetico della giustizia costituzionale statunitense³³⁴, questo ruolo della *Supreme Court* come interprete privilegiato del significato della Costituzione³³⁵ non depone però nel senso dell'esclusività di tale potere. Ciò che rileva è che il bene tutelato dalla giustizia costituzionale statunitense è sempre la Costituzione; e, quindi, la volontà del popolo, che *consente* alla volontà dei rappresentanti del popolo stesso di essere resa giustiziabile mediante il controllo di costituzionalità³³⁶.

³³³ D.W. TYLER, *Clarifying Departmentalism*, cit., p. 2257.

³³⁴ La Corte Suprema «... was clearly essential to prevent an appeal to the sword and a dissolution of the compact; and that it ought to be established under the general rather than under the local governments»: v. James Madison, *The Federalist* No. 48, in J.E. COOKE (ed.), *The Federalist*, cit., p. 467.

³³⁵ La Corte viene fortunatamente definita «barometer of constitutionality»: così D.W. TYLER, *Clarifying Departmentalism*, cit., p. 2260.

³³⁶ V. G. BOGNETTI, *Malapportionment ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 80. Autorevole dottrina richiama, sul punto, il caso Supreme Court of the United States, *Flast v. Cohen*, cit., in cui la Corte Suprema sottolinea come il concetto di *justiciability* sia difficilmente definibile, se non in negativo (non vi sarebbe *justiciable controversy* quando le parti invocano la tutela giurisdizionale per una *political question* o quando chiedono unicamente una *advisory opinion*; quando i termini della controversia siano cambiati; quando manchino le pregiudiziali di rito): cfr. N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 121, con particolare attenzione *sub* nt. 26.

4. (SEGUE) IL *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION* COME MECCANISMO EQUILIBRATORE DEL SISTEMA COSTITUZIONALE

Attraverso il nesso evidenziato tra *departmentalism* e *deductive judicial supremacy* è quindi possibile leggere il ruolo ‘accentrato’ della *Supreme Court* nell’interpretazione del significato costituzionale, senza però giungere a snaturarne il ruolo ‘apolitico’: «judicial opinion says nothing more than explanation of actions taken»³³⁷.

La Corte Suprema non si sottrae al delicato dibattito rappresentato dalla legittimazione della giustizia costituzionale, la quale, qualunque sia la forma di governo, si pone come un potere diverso rispetto a quello dei rappresentanti della volontà del popolo³³⁸. Nelle forme di Stato liberal-democratiche, tale diversità sembrerebbe dar adito a una potenziale contrapposizione tra politica e giudici costituzionali, contrapposizione in grado di condizionare l’intero sistema democratico, soprattutto per quanto riguarda la rappresentatività.

Nella realizzazione del sistema giuridico delineato dalla Costituzione statunitense, tuttavia, occorre raffigurarsi, da un lato, l’incompatibilità e, dall’altro, la coesistenzialità della giustizia costituzionale all’interno del principio democratico³³⁹. Sotto il primo profilo, mediante la possibilità di revisionare la Costituzione, è il popolo – attraverso l’interpretazione costituzionale resa dall’organo maggiormente rappresentativo dello stesso: il Parlamento – ad avere il sopravvento sulle Corti. Sotto il secondo profilo, ci si inserisce in quel filone orientativo secondo il quale la Costituzione si presenta come una sorta di *maquillage* di valori indiscutibilmente e

³³⁷ P.L. COLBY, *Two Views on the Legitimacy of Nonacquiescence in Judicial Opinions*, in *Tulane Law Review*, 61, 1987, p. 1045.

³³⁸ Sul concetto della Corte Suprema come possibile organo ‘politico’, cfr. *infra*, cap. III, § 5.

³³⁹ V. J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 73 ss.; R. DWORKIN, *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, p. 9 ss.; L.B. TREMBLAY, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, in *I.CON*, 4/2005, p. 617 ss.; L. MEZZETTI, E. FERIOLI, M. BELLETTI, E. D’ORLANDO, *La giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 2007, p. 168 ss.

costantemente condivisi, dei quali il potere giudiziario è solamente l'interprete privilegiato³⁴⁰.

Questa apparente contraddizione può essere superata nel momento in cui «si accetta che, in certi casi, la 'sapienza dei giudici' possa sostituirsi all'autorità della legge: sia quando in gioco è il rapporto tra società e istituzioni ..., sia quando occorre un arbitro neutrale dei conflitti interorganici o intersoggettivi»³⁴¹. Quale Corte di vertice e quale garante privilegiata della giustizia (*rectius*, dell'interpretazione) costituzionale statunitense, la Corte Suprema viene però fatta rientrare in quel paradigma preconcepito per il quale l'opinione della Corte stessa risulta sempre prevalere sulla volontà dei rappresentanti del popolo³⁴²; in altre parole, che la conflittualità tra volontà del popolo (la Costituzione) e volontà dei rappresentanti del popolo (l'attività legislativa) possa venir risolta solamente identificando la prima nella volontà (*rectius*, nell'interpretazione che di tale viene volontà viene fatta) dai giudici. Nell'ordinamento statunitense, tuttavia, non si può far parola di una supremazia teorica assoluta del potere giudiziario, *sub specie* della Corte Suprema: l'interpretazione del testo costituzionale resa da quest'ultima nell'ambito del *judicial review of legislation* trova prevalenza non tanto

³⁴⁰ Cfr. L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 254-255: l'A. sottolinea come quest'ultima sia oggi l'interpretazione prevalente, rimandando, sul punto, all'analisi svolta da A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 74 ss.

³⁴¹ L. PEGORARO, op. ult. cit., p. 253. V. altresì N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 98 ss.

³⁴² V., *ex multis*, R.A. POSNER, *The Supreme Court 2004 Term, Forward: A Political Court*, in *Harvard Law Review*, 119, 2005, p. 32 ss., secondo il quale: «The Supreme Court, when it is deciding constitutional cases, is political in the sense of having and exercising discretionary power as capacious as a legislature». Altresì, v. B. LEITER, *Constitutional Law, Moral Judgement, and the Supreme Court as Super-Legislature*, in *Hasting Law Journal*, 66, 2015, pp. 1601-1602. Più di recente, sostengono la medesima impostazione teorica anche E.J. SEGALL, *The Constitution Means What the Supreme Court Says It Means*, in *Harvard Law Review*, 129, 2016, pp. 176-177, nonché L.A. GRAGLIA, *Creative Constitutional Interpretation as Justification for Rule by the Supreme Court*, in *Arizona State Law Journal*, 51, 2019, p. 109 ss.

perché esso è Costituzione, quanto perché esso è esercizio di un potere garantito dalla (e coerente con la) Costituzione stessa. Non essendo elemento disgregante, l'operazione ermeneutica del testo costituzionale operata dalla Corte Suprema pone invece quest'ultima nella posizione di elemento in grado di garantire un equilibrio 'di sistema'.

L'equazione, dunque, non è tra Costituzione e sua interpretazione datane dalla Corte – poiché il significato del dettato normativo rimane soggetto a dispute legittime³⁴³ – ma tra formali disposizioni costituzionali e principi ordinamentali materiali; negli Stati Uniti d'America la Costituzione permane pur sempre un *democratic document* e la Corte Suprema ne è solamente l'organo garante prescelto dai soggetti originari del sistema, pena l'errore concettuale dell'identificare la volontà costituente nella volontà del potere giudiziario posta a controllo del potere costituito.

Da un punto di vista prettamente tecnico-giuridico, l'accettazione del ruolo equilibratore della *Supreme Court* consente di discostarsi parzialmente da quelle impostazioni che parlano di un presunto ruolo 'paralegislativo' della Corte³⁴⁴, considerandolo incompatibile con la separazione dei poteri e

³⁴³ Si è già richiamato il fatto che una varietà di attori può dare la propria interpretazione del testo costituzionale, che non necessariamente si deve conformare a quella (giudizialmente rinforzata) articolata dalla Corte Suprema: il Presidente, il legislatore, le Corti statali, il popolo in generale. In giurisprudenza, cfr. Supreme Court of the United States, *Graves v. New York*, cit.: «although judicial exegesis is unavoidable ... the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it». In dottrina, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 256.

³⁴⁴ Si tratta di un'impostazione che ha radici risalenti, nel panorama del costituzionalismo statunitense; basti leggere le parole, oramai di quasi un secolo fa, pronunciate da K.N. LLEWELLYN, *The Constitution as an Institution*, in *Columbia Law Review*, 34, 1934, pp. 1-3: «Is this not extraordinary? The Constitution was framed to start a governmental experiment for an agricultural, sectional, seaboard folk of some three millions. Yet it is supposed to control and describe our present situation after a century and a half of operation; it is conceived to give basic information about the government of a nation, a hundred and thirty millions strong, whose population and advanced industrial civilization have spread across a continent».

giungendo a vedere tale aspetto come una «constitutional restriction on popular choice»³⁴⁵.

Tale impostazione, infatti, ad altro non conduce se non a un tentativo ‘politicamente condizionato’ di rivisitare le istituzioni e i principi alla base della Costituzione degli Stati Uniti d’America – *representative self-government, federalism, separation of powers, departmentalism*. In altre parole, ciò che viene dimenticato è il significato della Costituzione quale componente cruciale dell’ideologia alla base di una nazione³⁴⁶.

L’attenzione va posta sulla necessità di una disamina sistematica dell’ordinamento costituzionale. Solo in tal modo è possibile comprendere che il sistema giuridico statunitense, ponendosi nel solco di una secolare tradizione di *common law*, pone tra i suoi principali problemi quello dell’importanza che le decisioni delle Corti assumono nell’interpretazione della legge³⁴⁷. Solamente in quest’ottica, inoltre, risulta naturale il riconoscimento del ruolo della Corte Suprema come custode di ultima istanza

³⁴⁵ L.A. GRAGLIA, *Creative Constitutional Interpretation as Justification for Rule by the Supreme Court*, cit., p. 110.

³⁴⁶ *Ex multis*, v. W.A. MULLINS, *On the Concept of Ideology in Political Science*, in *American Political Science Review*, 66, 1972, p. 498 ss.

³⁴⁷ Cfr. B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921, pp. 111-114; O.W. HOLMES, *The Common Law*, (M. HOWE, ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1963, pp. 31-32. V. però, quanto alla differenza tra il metodo di risoluzione delle controversie utilizzato dalle Corti di *common law* e quello relativo alle *constitutional issues* risolte dalla Corte Suprema statunitense, P.B. KURKLAND, *Toward a Political Supreme Court*, cit., pp. 24-25: «There is an additional important distinction between common-law judicial legislation and that kind indulged by the Supreme Court of the United States. Common-law issues, by definition, are problems submitted for resolution by the judiciary in the absence of statutory attempts at resolving them. Constitutional adjudication, on the other hand, never takes place at so early a stage in the search for a solution to the social, political, or economic problem presented. It is not until one of the other branches of government has faced the problem and exercised or refused to exercise its law-making powers that the judiciary is called on to decide a constitutional issue ...». Fa riferimento, invece, al ‘culto’ del legalismo costituzionale negli Stati Uniti d’America e al ‘mito’ dell’imparzialità del potere giudiziario E. LATHAM, *The Supreme Court as a Political Institution*, cit., p. 230.

del significato costituzionale, oltre che di detentrica del monopolio interpretativo di cui si è già discusso in precedenza³⁴⁸.

L'identificazione tra diritto e pensiero giuridico e lo sviluppo graduale della giurisprudenza (costituzionale) è un ineludibile elemento distintivo della cultura giuridica degli Stati Uniti d'America: non si tratta solamente di un'eredità della tradizione di *common law*, ma trova fondamento persino nel *legal realism* che ne permea l'ordinamento costituzionale³⁴⁹, confinando qualsiasi approccio ideologico al ruolo svolto dalla giustizia costituzionale a una sovrapposizione tra ciò che rappresenta un portato generale del diritto costituzionale e la condivisione o meno della *justiciability* di una situazione giuridica particolare:

³⁴⁸ «Whoever is called before a Congressional committee as an authority on question of the separation of powers between Congress and the executive will find as a rule that arguments resting on the text and system of the Constitution are met with the question "But where did the Supreme Court say so?"»: G. CASPER, *Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Nonjudicial Mode*, in *University of Chicago Law Review*, 43, 1976, p. 463 ss.

³⁴⁹ In tema, v. soprattutto il dibattito tra K.N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, in *Columbia Law Review*, 30, 1930, p. 431 ss. e R. POUND, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 44, 1931, p. 697 ss. Tale dibattito è ben ricostruito in N.E.H. HULL, *Some Realism about the Llewellyn-Pound Exchange over Realism: The Newly Uncovered Private Correspondence, 1927-1931*, in *Wisconsin Law Review*, 1987, p. 921 ss. In tema, si possono poi leggere anche L.L. FULLER, *American Legal Realism*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 76, 2, 1936, p. 191 ss.; A. NUSSBAUM, *Some Aspects of American "Legal Realism"*, in *Journal of Legal Education*, 12, 2, 1959, p. 182 ss.; C. WOODARD, *The Limits of Legal Realism: An Historical Perspective*, in *Virginia Law Review*, 54, 4, 1968, p. 689 ss.; R.M. SMITH, *Constitutional Interpretation & Political Theory: American Legal Realism's Continuing Search for Standards*, in *Polity*, 15, 4, 1983, p. 492 ss.; M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 169 ss.; J.L. GIBSON, G.A. CALDEIRA, *Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?*, in *Law & Society Review*, 45, 1, 2011, p. 195 ss.; B. LEITER, *Legal Realism and Legal Doctrine* e H. DAGAN, *Doctrinal Categories, Legal Realism, and the Rule of Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 7, 2015, rispettivamente p. 1975 ss. e p. 1889 ss.

«When looking at the ideologically role constitutions play in the political life and society ..., it is all too clear that the line between “constitution as ideology” and “ideology as constitution” is becoming blurred. Each step across that line is a step towards the end of constitutionalism»³⁵⁰.

5. POLITICS O POLICIES? LA CORTE SUPREMA COME CONSTITUTIONALLY-ORIENTED INSTITUTION

La riconduzione degli istituti giuridici all'affermazione di un meta-principio 'ideologico' si riverbera direttamente sul vivace dibattito relativo alla riconduzione della *Supreme Court* a organo 'politico'.

Che la Corte svolga tale ruolo all'interno dell'ordinamento statunitense è innegabile: «any decision which confirms, allocates, or shifts power ... is ... political, no matter whether the decision be reached by a legislative or a judicial process»³⁵¹. Seppur indirettamente, anche la composizione della Corte ne evidenzia un certo qual grado di politicità³⁵²: le nomine dei giudici possono essere considerate alla stregua di atti politici, anche se la nomina presidenziale non ha carattere unilaterale – la conferma delle indicazioni del Presidente tramite il meccanismo di *advice and consent* del Senato risponde

³⁵⁰ G. CASPER, *Guardians of the Constitution*, in *Southern California Law Review*, 53, 1980, pp. 784-785.

³⁵¹ R.H. JACKSON, *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge, 1955, p. 55. Da una prospettiva prettamente politologica, discute dell'impatto della Corte Suprema sul *policy making* federale K.T. MCGUIRE, *The Institutionalization of the U.S. Supreme Court*, in *Political Analysis*, 12, 2, 2004, p. 128 ss.

³⁵² «In the ordinary and low sense which we attach to the words “partisan” and “politician”, a judge ... of the Supreme Court should be neither. But in the higher sense, in the proper sense, he is not in my judgement fitted for the position unless he is a party man, a constructive statesman, constantly keeping in mind his adherence to the principles and policies under which this nation has been built up»: così il Presidente Theodore Roosevelt in merito alla nomina di *Justice Holmes* a Giudice della Corte Suprema nel 1902. Cfr. *Letter from Theodore Roosevelt to Henry Cabot Lodge (July 10, 1902)*, in E.E. MORISON (ed.), *The Letters of Theodore Rossevelt*, III, Harvard University Press, Cambridge, 1951, p. 289.

a quel principio trasversale proprio dell'ordinamento statunitense che è rappresentato dal bilanciamento tra i diversi poteri costituzionali.

Tuttavia, per la corretta comprensione della Corte Suprema come organo 'politico', è necessario muovere dalla collocazione prescelta per la stessa in sede di redazione del testo costituzionale. Si rende allora necessario chiarire cosa si intende quando ci si riferisce ad essa in tal senso, posto che non sembra corretto parlarsi di «Supreme Court [as] a “political” institution ... in every sense of the word»³⁵³.

Attenta dottrina, ad esempio, ha rilevato che è possibile identificare una pluralità di significati da attribuire al termine *political*, elencati nelle seguenti sei nozioni:

«(1) purely definitional, in the sense that the Supreme Court, as an appellate court of last resort inevitably authoritatively allocates value; (2) empirical, in the sense that litigants use the Court to try to achieve their political purpose; (3) influence seeking, in the sense that the justices have a natural desire to prevail in arguments within the court; (4) prudential, in the sense that the justices frequently consider the probable consequences of their decisions; (5) policy-oriented, in the – usually pejorative – sense that justices are said to use the Court and the law as a cover for pursuing their own policy and other goals; (6) systemic, in the sense that the Court's decisions frequently, as a matter of fact, have consequences for other parts of the American political system»³⁵⁴.

L'impostazione (giuridico-costituzionale) che qui si è inteso praticare evidenzia principalmente gli ultimi due significati, potendosi circoscrivere i

³⁵³ La definisce così M. MARCUS, *Is the Supreme Court a Political Institution?*, in *The George Washington Law Review*, 72, 2003, p. 95.

³⁵⁴ R. HODDER-WILLIAMS, *Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court*, in *British Journal of Political Science*, 22, 1, 1992, p. 1 ss. L'A. nota che l'attributo 'political', quando riferito alla Corte Suprema, non venga adeguatamente pesato da parte di coloro i quali dibattono su questo tema, ponendo particolare attenzione alle carenze manifestate nelle discussioni intavolate sul punto da parte dei *legal academics*.

restanti a dinamiche processuali, o comunque interne alla singola pronuncia³⁵⁵.

La nozione c.d. *policy-oriented*, come già accennato nel § precedente, è quella che viene maggiormente enfatizzata nell'ampia discussione sul ruolo 'politico' della Corte Suprema; quando non usata addirittura in contrapposizione con il termine 'legale'³⁵⁶, questa nozione viene utilizzata al fine di rappresentare la Corte come politicamente schierata, (auto)dotata di un atteggiamento sovversivo rispetto alla separazione dei poteri costituzionalmente previsti e, così, in grado di sostituirsi al legislatore secondo una dinamica *countermajoritarian*³⁵⁷.

³⁵⁵ Con riferimento all'utilizzo della giustizia per finalità 'politiche' delle parti in causa, v. *ex multis* R. HODDER-WILLIAMS, *Litigation and Political Action: Making the Supreme Court Activist*, in R. WILLIAMS (ed.), *Explaining American Politics: Issues and Interpretations*, Routledge, London, 1990, p. 116 ss. Quanto alle dinamiche 'politiche' interne al *reasoning* delle Corti per influenzarne l'esito finale, invece, v. W.F. MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964; J. WOODFORD HOWARD, *On the Fluidity of Judicial Choice*, in *American Political Science Review*, 62, 1968, p. 43 ss. Per un'efficace analisi del grado di 'politicità' delle decisioni della Corte Suprema, v. T.S. CLARK, J.R. LAX, D. RICE, *Measuring the Political Salience of Supreme Court Cases*, in *Journal of Law and Courts*, 3, 2015, p. 37 ss.

³⁵⁶ Per una panoramica sulla 'democraticità' o meno della Corte Suprema, v. G. MACE, *The Antidemocratic Character of Judicial Review*, in *California Law Review*, 60, 4, 1972, p. 1140 ss.; J.P. DAVIS, *How Democratic Is the Supreme Court of the United States?*, in *University of San Francisco Law Review*, 37, 2002, p. 1 ss. Per una prospettiva esterna, cfr. L. MACHAJ, *Is the United States Supreme Court an Undemocratic Institution? An Outsider's Perspective*, in *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 1-2, 2011, p. 13 ss. Discute brillantemente della necessità di analizzare la Corte Suprema secondo entrambe le prospettive, invece, R.A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 6, 1957, p. 279: «To consider the Supreme Court of the United States strictly as a legal institution is to underestimate its significance in the American political system. For it is also a *political* institution, an institution, that is to say, for arriving at decisions on controversial questions of national policy».

³⁵⁷ Pur giungendo alla considerazione della Corte come istituzione finalizzata a perseguire scopi assimilabili a quelli del legislatore, sintetizza però efficacemente questo errore R.A. POSNER, *A Political Court*, in *Harvard Law Review*, 119, 2005, p. 39: «... "political" does

Questa impostazione sconta però l'errore di non considerare il peculiare *status* della Corte Suprema all'interno dell'ordinamento costituzionale: essa è parte integrante di tale sistema e la sua legittimazione dipende da una serie di prese di posizione che risultano fondate sulla Costituzione, prima fra tutte il suo espresso riconoscimento nell'art. III, *section* 1, che pone la sua stessa esistenza al riparo dalla discrezionalità del potere legislativo³⁵⁸.

Si è già detto che il compito fondamentale della Corte è quello di garantire in ultima istanza i principi costituzionali 'a preferenza' dell'attività legislativa con essi contrastante. Ciò non avviene solamente sulla base di valutazioni personali dei giudici quanto alle possibili conseguenze (politiche) della decisione presa. Sembra infatti questo il tenore delle più ricorrenti critiche al ruolo 'politico' della Corte Suprema, animate più dal contrasto ideologico a specifiche pronunce che da una reale valutazione dell'istituto generalmente considerato e del suo impatto sull'ordinamento costituzionale³⁵⁹. Tale lettura, in sostanza, sembra ricondurre al piano istituzionale una nozione di '*political*'

not equal "partisan" ...». Con riferimento al principale esempio di *majoritarianism*, v. J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit.

³⁵⁸ Non è un caso che la Costituzione abbia dotato il potere legislativo della discrezionalità di istituire quante Corti fossero necessarie per l'ordinamento della giustizia, ma abbia vincolato il Congresso all'esistenza di *one Supreme Court*, della quale avrebbe potuto normare solamente gli aspetti organizzativi.

³⁵⁹ V. R. HODDER-WILLIAMS, *Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court*, cit., p. 15: «Liberals in the 1930s attacked the Court for its activism because they disliked its partial evisceration of the New Deal; they praised its activism in the 1960s and 1970s for its proper protection of the weak and disadvantaged against the State. Conservatives in the 1930s endorsed the Court's activism because they disliked the extension of governmental regulation of the New Deal; they opposed its activism in the 1970s for the restraints it cast upon governmental action ...». Con riferimento al tema, si rileva come parte della dottrina affermi che la Costituzione «did not create ... a "roving judicial commission to protect minorities against majorities in all cases"»: così R. BERGER, *The Scope of Judicial Review: A Continuing Dialogue*, in *South Carolina Law Review*, 31, 1980, p. 177. Cfr. altresì ID., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1977, p. 475; J.H. ELY, *Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility*, in *Indiana Law Journal*, 53, 1978, p. 399 ss.; R. BRIDWELL, *The Federal Judiciary: America's Recently Liberated Minority*, in *South Carolina Law Review*, 30, 1979, p. 475.

Supreme Court che poco ha a che vedere con il ruolo di quest'ultima all'interno del disegno costituzionale.

Con riferimento alla seconda delle due nozioni considerate – quella c.d. *systemic* – se ne può evidenziare il pregio nell'enfasi data alla diffusione degli effetti delle decisioni della Corte Suprema all'interno del sistema giuridico statunitense: un esempio è dato dal valore dell'interpretazione (costituzionale) privilegiata che discende dalle decisioni della Corte, cui i diversi attori istituzionali possono sentirsi in diverso grado vincolati³⁶⁰. Tuttavia, anche questa impostazione sembra scontare il difetto di ricondurre la Corte a organo finalizzato a creare *policies*, e non *politics*³⁶¹.

Se di funzione 'politica' della Corte si può parlare, la discussione va ricondotta al fondamento giuridico-costituzionale dei suoi poteri e ad una nozione di *political* in senso prettamente *constitutional-oriented*: solo in tal modo è possibile comprendere la precisa scelta dei *Framers*, i quali hanno posto la Corte Suprema nella posizione di essere chiamata a confrontarsi con questioni politiche e governamentali di primaria importanza, intersecando la propria azione con quella dei poteri legislativo ed esecutivo.

Questa valutazione non può prescindere dall'evoluzione giuridica che ha portato alla redazione della Norma fondamentale dell'ordinamento statunitense. Prima della Costituzione del 1787, l'ambito operativo di una Corte delle Colonie nordamericane era infatti definito in coerenza con i principi consuetudinari del *common law*: dunque, come un organo giudiziario competente a pronunciarsi su controversie sorte tra persone fisiche, comminare eventuali pene e, più in generale, interpretare e dare esecuzione alla legislazione approvata dal Parlamento³⁶².

Tale impostazione è stata seguita anche dall'ordinamento statunitense al momento dell'entrata in vigore del testo costituzionale; fu così che, sotto un

³⁶⁰ Cfr. cap. III, § 3.

³⁶¹ V. R. HODDER-WILLIAMS, *Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court*, cit., pp. 18-20.

³⁶² «A court is a place where justice is judicially ministered»: cfr. J.M. GEST, *The Writings of Sir Edward Coke*, in *Yale Law Journal*, 18, 7, 1909, p. 504 ss.

profilo organizzativo, vennero previsti in Costituzione l'istituzione di una Corte Suprema e la previsione che l'organo legislativo potesse istituire tante Corti inferiori quante fossero ritenute necessarie per garantire che il potere giudiziario tutelasse in tutto il Paese l'uniforme applicazione del diritto federale³⁶³.

La Corte Suprema fu poi formalmente istituita nel 1789 grazie a uno dei primi atti posti in essere dal Congresso³⁶⁴, ponendosi immediatamente, come anticipato, nel solco di quella concezione del potere giudiziario derivante dalla tradizione giuridica di *common law*: esso «... has no will in any case ... Judicial power, as contra-distinguished from the power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law»³⁶⁵. Da questa impostazione iniziale del giudice quale semplice interprete ed espositore della legge vi fu però un'evoluzione che portò il potere giudiziario statunitense ad entrare – in senso costituzionalmente orientato – nel campo di discussione di *political theories*.

Ciò è dovuto, in primo luogo, alla peculiare organizzazione federale dell'ordinamento statunitense, nonché al riparto di competenze interno alla gerarchia giudiziaria. L'art. III della Costituzione estende la giurisdizione delle Corti federali «to all cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall

³⁶³ V. art. III, *section 1*, U.S. Constitution: «The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish ...»

³⁶⁴ Statute I, Sept. 24, 1789 (*"An Act to Establish the Judicial Courts of the United States"*). V. in particolare la *section 1*: «... the Supreme Court of the United States shall consist of a chief justice and five associate justices, (b) any four of whom shall be a quorum ...».

³⁶⁵ Supreme Court of the United States, *Osborne v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824). In precedenza e in maniera simile, v. Supreme Court of the United States, *Dartmouth College v. Woodward*, cit.: «It is not for the judges to listen to the voice of persuasive eloquence or popular appeal. We have nothing to do but pronounce the law as we find it and having done this our justification must be left to the impartial judgement of our country».

be made, under their Authority»³⁶⁶; inoltre, esso descrive i casi nei quali la Corte Suprema è dotata, rispettivamente, di *original* e *appellate jurisdiction*³⁶⁷.

Emerge da ciò il ruolo centrale della Corte Suprema all'interno del *frame of government*: anzitutto, la sua giurisdizione è ancorata al diritto sorto sulla base del testo costituzionale, prima fonte legale dell'ordinamento; inoltre, la sua competenza di unica – nel caso di *original jurisdiction* – o ultima – nel caso di *appellate jurisdiction* – istanza, la rende l'interprete giudiziale privilegiato del diritto vigente (*law in action*).

La disciplina di organizzazione e competenze proprie della Corte Suprema, come detto, venne inserita sin dal principio nel *constitutional government* degli Stati Uniti d'America. Tuttavia, è sempre stata forte l'idea di 'illegittimità' del coinvolgimento della Corte in quelli che vengono identificati come «affairs of government»³⁶⁸, avversione ben sintetizzata nelle seguenti parole atte a stigmatizzare l'idea di *judicial supremacy*:

«The claim that the Court's rulings of unconstitutionality are mandates of the Constitution, or anything more than policy preferences of a majority of the justices, is false. Rule by judges is in violation, not enforcement, of the Constitution. Ending it requires nothing more complex than insistence that the Court's rulings of unconstitutionality should be based on the Constitution – which assigns “All legislative Power” to Congress – in fact as well as name»³⁶⁹.

Secondo quest'ottica, il *judicial review of legislation* diviene *judicial supremacy* nel momento in cui l'opinione delle Corti è assunta come 'finale', in grado cioè di sovrapporsi (e superare) gli ambiti riservati agli altri poteri costituzionali. Attraverso l'evidenza di una *countermajoritarian difficulty*

³⁶⁶ Art. III, section 2, U.S. Constitution.

³⁶⁷ Cfr. nt. 36.

³⁶⁸ V. M. MARCUS, *Is the Supreme Court a Political Institution?*, cit., p. 96.

³⁶⁹ L.A. GRAGLIA, *Opinion, Rule of Law: Our Constitution Faces Death by 'Due Process'*, in *Wall Street Journal*, 24 maggio 2005, p. A12.

nell'interpretazione costituzionale del potere giudiziario³⁷⁰, si è perfino giunti a definire la Corte Suprema una «deviant institution»³⁷¹.

A tale affermazione pare tuttavia potersi obiettare che la non accettazione della scelta originaria di sovraordinazione del testo costituzionale e dei dettami in questo contenuti conduce alla contraddizione di etichettare come contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento ciò che è sempre stato espressamente previsto come un principio fondamentale dell'ordinamento stesso.

Se la Corte Suprema avesse seguito rigidamente i compiti assegnati a una Corte dalla tradizione giuridica di *common law*, sarebbe inutile cercare nelle opinioni dei giudici l'espressione di *political theories*³⁷²; la chiave di volta, pertanto, risiede nel fatto che la Corte non limita sé stessa all'esposizione della legge: lungi dall'essere 'deviante', questo fattore è invece permesso dalla posizione 'accentrata' che la Corte stessa assume all'interno del sistema di giustizia costituzionale statunitense.

6. (SEGUE) ONE SUPREME COURT IN DIFESA DELLA COSTITUZIONE. L'ACCENTRAMENTO GENETICO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE

Il ruolo 'costituzionalmente orientato' della Corte Suprema emerge in tutta evidenza ove si esaminino i concreti effetti del *judicial review of legislation* sull'ordinamento costituzionale statunitense, analisi che permette di mostrare

³⁷⁰ Cfr. nt. 343. Per una critica al *majoritarianism*, v. quanto espresso da R.J. LIPKIN, *What's Wrong with Judicial Supremacy. What's Right with Judicial Review*, in *Widener Law Review*, 14, 1, 2008, pp. 6-10.

³⁷¹ Così A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 16.

³⁷² Come possono essere, ad esempio, *separation of governmental powers, natural law and civil liberty, State and sovereignty, Federal versus State authority, limitation on the powers of the States, implied powers*: cfr. l'utile ricostruzione effettuata da C.G. HAINES, *Political Theories of the Supreme Court from 1789-1835*, in *American Political Science Review*, 2, 1908, p. 226 ss.

ancora una volta la compatibilità ‘di sistema’ verso l’accentramento del sindacato di costituzionalità delle leggi.

Come s’è già evidenziato, è attraverso il *judicial review of legislation* che la Corte pone la Costituzione al riparo da possibili prevaricazioni arbitrarie, dimostrandosi così il principale argine che i *Framers* hanno posto al possibile dispotismo del potere legislativo. Questa ultima impostazione è diretta conseguenza della tradizione giuridica di *common law*, originando nel solco tracciato dagli insegnamenti di Sir William Blackstone³⁷³ e dal riconoscimento della possibile invalidazione giudiziale di un atto contrario a «common right and reason or repugnant or impossible to be performed»³⁷⁴.

Tuttavia, essa trovò una peculiare attuazione all’interno del sistema di governo statunitense, nel quale una norma scritta – la Costituzione – viene espressamente dotata di un’intrinseca superiorità (*rectius*, sovraordinazione) nei confronti degli ordinari atti normativi³⁷⁵.

La volontà di preservare lo specifico *frame of government* costituzionale (nonché diritti e libertà individuali) portò così alla necessità di individuare un arbitro delle possibili controversie tra *statutes* e *Constitution*³⁷⁶; ancora una

³⁷³ Cfr. nt. 145.

³⁷⁴ Cfr. cap. II, § 2-3. Altresì, si può leggere Massachusetts Superior Court, *Paxton’s Case Gray*, Mass. Repts., 51 469 (1761).

³⁷⁵ Art. VI, *Section 2*, U.S. Constitution: «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land ...».

³⁷⁶ Dal punto di vista dei processi decisionali, il ruolo di garanzia del *judicial review of legislation* appare evidente considerando la distinzione tra i cc.dd. *first* e *second-order judgements*: se i primi – appannaggio del potere legislativo – sono giudizi pratici in merito alle politiche preferibili, i secondi – di spettanza delle Corti – riconducono questa desiderabilità alla compatibilità a Costituzione. «Judicial review provides a forum permitting the elected branches and the electorate to reexamine their first-order preferences about desirable public policy. Judicial review encourages this reexamination of first-order judgments (about desirability) by expressing second-order judgments (about fidelity)»: così R.J. LIPKIN, *What’s Wrong with Judicial Supremacy. What’s Right with Judicial Review*, cit., pp. 41-46.

volta in omaggio alla tradizione giuridica di *common law*, fu naturale porre le Corti³⁷⁷ nella posizione di ‘guardiani’ della Costituzione scritta³⁷⁸.

La funzione da ultimo descritta divenne così fondamentale per garantire la sopravvivenza del sistema di governo statunitense³⁷⁹. Tuttavia, con riferimento alla supremazia nell’interpretare la Costituzione, da ciò non discese direttamente la supremazia dell’attività di *judicial review* sulle altre attività interpretative poste in essere dagli attori del *national government*. In altre parole, l’interpretazione costituzionale del potere giudiziario non venne espressamente considerata come ‘suprema’ rispetto ad altri tipi di controllo sul significato della Costituzione³⁸⁰.

Quest’ultima lettura, però, è stata ritenuta implicita nel sistema costituzionale statunitense da quella parte di dottrina che ha visto nell’interpretazione giudiziale l’unica in grado di permeare (e vincolare) l’intero ordinamento, sostenendosi così la legittimità di quella che già in precedenza è stata definita *judicial supremacy*³⁸¹.

Questa impostazione viene sostenuta, in primo luogo, da coloro i quali pongono l’interpretazione costituzionale della Corte sullo stesso piano della *supreme law* interpretata³⁸²; tale prospettiva viene fondata direttamente su

³⁷⁷ Organi considerati terzi e imparziali rispetto al potere politico.

³⁷⁸ «Our kind of society cannot endure if the controlling authority of the Law as derived from the Constitution is not to be the tribunal specially charged with the duty of ascertaining and declaring what is ‘the supreme Law of the Land’»: v. Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, cit., p. 24 (*Justice Frankfurter, concurring*).

³⁷⁹ Oltre che della sua struttura organizzativa federale: cfr. cap. III, § 1 e 2.

³⁸⁰ V. R.J. LIPKIN, *What’s Wrong with Judicial Supremacy. What’s Right with Judicial Review*, cit., p. 12.

³⁸¹ T.K. SMITH, *The Rise of Federal Judicial Supremacy in the United States. Part I*, in *The American Law Register (1898-1907)*, 46, 10, 37, 1898, p. 621 ss. V. altresì W.F. MURPHY, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, cit., pp. 406-410.

³⁸² Teoria che viene convenzionalmente basata sui dettami derivanti dalla decisione *Cooper v. Aaron*: cfr. nt. 6; si possono leggere anche le analoghe conclusioni contenute in Supreme Court of the United States, *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 529 (1997). V. altresì L. ALEXANDER, L.B. SOLUM, *Popular? Constitutionalism?*, in *Harvard Law Review*, 118, 2005, p. 1630: «The Court essentially declared that although both officials and citizens may believe

parte di quanto contenuto nella decisione *Marbury v. Madison*, ossia nella circostanza per cui «the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution»³⁸³.

In secondo luogo, essa viene difesa sulla base della c.d. *settlement function* del diritto: partendo dalla considerazione di un ruolo di regolamentazione politico e sociale insito nell'applicazione della legge, viene dato un valore *erga omnes* ai precedenti resi dalla Corte Suprema, sia all'interno della gerarchia giudiziaria, sia all'esterno di quest'ultima; ogni volta che la Corte rende un'interpretazione costituzionale, infatti, gli operatori giuridici dell'intero ordinamento ne sarebbero vincolati al pari delle Corti inferiori, posto che:

*«the Supreme Court's interpretation of the Constitution should be taken by all other officials, judicial and non-judicial, as having an authoritative status equivalent to the Constitution itself ... '[T]he Constitution is what the judges say it is', may well be bad jurisprudence because it is incomprehensible as an attempt to explain what it means to argue to the Supreme Court ... [but] it is nonetheless a desirable attitude for non-judicial officials to have towards the Court and its product, in much the same way, but far less controversially, that it is a desirable attitude for lower court judges to have towards the Court and its opinions»*³⁸⁴.

A queste impostazioni, come già accennato, si sono contrapposte quelle che hanno contestato l'attivismo giudiziario nell'esposizione del significato della Costituzione. Queste ultime, tuttavia, paiono confondere i piani 'politico-rappresentativo' e 'giuridico-costituzionale': il concetto di *judicial supremacy*, infatti, viene contestato riconducendolo al dibattito (politico) in

that the Court's interpretations are incorrect, those interpretations function as supreme law ... unless and until the Court itself repudiates them».

³⁸³ Cfr. nt. 4.

³⁸⁴ L. ALEXANDER, F. SCHAUER, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, in *Constitutional Commentary*, 17, 2000, p. 455. Si può leggere anche ID., *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 110, 1997, p. 1359 ss.

merito alla carenza di legittimazione insita nelle decisioni della Corte Suprema, ritenuto un organo non direttamente rappresentativo della volontà popolare.

Da un punto di vista giuridico-costituzionale, però, risulta errato tanto osteggiare la partecipazione della Corte a problematiche di *politics* istituzionali, quanto sostenere che la Costituzione «is what the judges [the Supreme Court] say it is».

Più che di *judicial supremacy* sembra opportuno parlare – istituzionalmente – di *constitutional supremacy* dei principi giuridici enunciati dalla Corte Suprema; circostanza, questa, che trova invece un preciso riferimento *giuridico* nella Costituzione degli Stati Uniti d’America.

Oltre che dai principi ordinatori del sistema – separazione dei poteri e rifiuto dell’‘assolutismo’ legislativo – depongono in tal senso le disposizioni della Costituzione direttamente o indirettamente ricollegabili alla disciplina della giustizia costituzionale: l’intangibilità dell’istituzione della Corte Suprema rispetto alla volizione del potere legislativo; la giurisdizione esclusiva (*‘original’*) della Corte in merito a controversie concernenti i rapporti tra centro e periferia – nei quali, cioè, uno Stato membro sia parte in causa – e quella di ultimo grado (*‘appellate’*) in tutti i casi *arising under [the] Constitution*; la sovraordinazione della Costituzione nella gerarchia delle fonti giuridiche.

Viene così a essere coerente (giuridicamente) la validità *erga omnes* dell’interpretazione costituzionale resa dalla Corte. Nei confronti degli attori istituzionali esterni, trovano rilevanza la portata del federalismo, la separazione dei poteri e la *final constitutional interpretation* di cui si è già discusso in precedenza³⁸⁵; all’interno della gerarchia del potere giudiziario, depongono in tal senso il valore del precedente giudiziario³⁸⁶, ovvero l’esistenza di un c.d. *judicial deparmentalism*.

Da quanto detto, e seguendo un ragionamento inverso rispetto a quella dottrina che desume il ruolo ‘politico’ della Corte dal riconoscimento della

³⁸⁵ Cfr. cap. III, § 3 e 4.

³⁸⁶ Cfr. *infra*, cap. IV, § 1 e 2.

stessa quale Corte costituzionale³⁸⁷, questa conclusione porta a rilevare che la Corte Suprema sembra operare al pari di una Corte costituzionale proprio perché è ‘politica’ – ossia, *constitutionally-oriented*. Il fatto che la Corte Suprema possa interpretare la Costituzione e permeare l’intero ordinamento statunitense del significato prescelto non è paradossale, né contraddittorio³⁸⁸, bensì ‘costituzionalmente orientato’. Quello che viene additato come un ruolo ‘politico’ deviante diviene invece, all’opposto, del tutto coerente con l’impostazione (costituzionale) originaria dell’istituzione:

«It is at once a judicial and a political body. It is judicial in that its usages are of a court of law ... It is political in that its orders extend far beyond the individuals immediately involved; it fixes conditions and sets bounds about the resort to law; it revises the pattern of the separation of powers among the agencies of government; it endows with intent, discovers latent meaning and resolves conflict between legislative acts; it invokes Constitution, statute, its own decisions to hold Congress, department, administrative body in its place. Even when it imposes self-denial upon itself, politically it extends the frontiers of some other agency of control. Judgements along these lines are political, not legal, decisions. Issues of due process, equal protection, privileges and immunities are questions of the limits of the province of government ...»³⁸⁹.

7. SUBSTANTIVE ACTIVITY IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATIONS: UNA CORTE (SUPREMA) ‘COSTITUZIONALE’?

L’analisi condotta evidenzia le caratteristiche che sembrano proprie di una Corte che opera all’interno di un sistema di giustizia costituzionale a controllo

³⁸⁷ V. R.A. POSNER, *A Political Court*, cit., p. 34: «... to the extent the Court is a constitutional court, it is a political body».

³⁸⁸ V. S. REINHARDT, *The Supreme Court as a Partially Political Institution*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 17, 1994, p. 149 ss.

³⁸⁹ W. HAMILTON, G.D. BRADEN, *The Special Competence of the Supreme Court*, in *Yale Law Journal*, 50, 1941, p. 1324.

accentrato. Ragionando diversamente – ossia, in senso contrario alla legittimità del ‘protagonismo’ della Corte nell’equilibratura del *rule of law* costituzionale statunitense – la miopia si paleserebbe nel non riconoscere l’esistenza stessa del sistema di giustizia costituzionale, o, quantomeno, del suo funzionamento per come ideato dal costituzionalismo degli Stati Uniti d’America.

Dato che la Costituzione è intrinsecamente terreno di *politics*, intese nel senso di principi fondamentali dell’ordinamento, la Corte Suprema altro non è che il garante costituzionale di questi ultimi; affermare che la Corte possa difendere (e plasmare) questi principi fondamentali significa riconoscerne il ruolo privilegiato di difesa della Costituzione affidatole dai *Framers*.

Né sembra dirimente sostenere che la protezione del popolo nei confronti del *government* (*rectius*, la possibilità di sindacare la costituzionalità degli atti posti in essere dal potere legislativo) possa rendere la Corte Suprema un organo *quasi-political*, dato che ciò equivale a dimenticare che la sfiducia negli organi elettivi è genetica nella Costituzione.

Guardando al sistema di giustizia costituzionale statunitense come a un sistema che fa dell’accentramento del controllo un elemento pertinente della sua classificazione, invece, si riporta l’attenzione alle dinamiche costituzionali fondative degli Stati Uniti d’America, mostrandosi la Corte Suprema non tanto come un organo in grado di interpretare la Costituzione in contrasto al principio di rappresentanza popolare, quanto come un organo – verrebbe quasi a dire, una Corte costituzionale – ‘costituzionalmente legittimato’ a espandere *erga omnes* i principi di diritto contenuti nelle proprie decisioni.

L’approccio da ultimo richiamato permette di rigettare la visione ‘politico-attivista’ della Corte Suprema e di evidenziare la rilevanza che assumono, nel costituzionalismo statunitense e in particolare nel processo decisionale del potere giudiziario, «neutral principles and constitutional standards»³⁹⁰.

³⁹⁰ È l’espressione felicemente usata in M. SHAPIRO, *Supreme Court and Constitutional Adjudication: Of Politics and Neutral Principles*, in *The George Washington Law Review*, 31, 1962-1963, p. 587 ss.

In tale prospettiva, un giudice – nel rendere una decisione – deve essere neutrale nel senso di confrontarsi in maniera imparziale con i diversi interessi rappresentati dalle parti in causa; in tale processo, egli si dimostra in grado di dar vita al concetto di *judge as law discover* delle teorie di Sir William Blackstone³⁹¹. Nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America questo concetto non può che tramutarsi nell'applicazione (a preferenza) dei principi contenuti nella Costituzione scritta, preesistenti (e sovraordinati) rispetto alle preferenze 'volitive' dell'organo giudicante³⁹².

La Corte Suprema, in tal modo e grazie ai meccanismi analizzati nei Paragrafi precedenti, diviene al tempo stesso una delle *Courts of law* del sistema costituzionale statunitense, nonché l'organo deputato a svolgere sia istituzionalmente, sia proceduralmente³⁹³, il ruolo (accentrato) di scrutinio della costituzionalità degli atti normativi – in altre parole, della salvaguardia di principi e *standards* costituzionali.

Ne è una dimostrazione il rilevante numero dei casi riguardanti *constitutional questions* tra quelli decisi dalla Corte, e in particolar modo la presenza, tra questi, di controversie in grado di creare *constitutional law*³⁹⁴.

³⁹¹ V. SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, in T.M. COOLEY (ed.), *Blackstone's Commentaries*, cit.

³⁹² Perfino quella dottrina che ha fatto della contestazione dell'attività 'politica' del potere giudiziario la propria bandiera – il c.d. *legal realism* – giunge a riconoscere che «[the task of the judge is to discover] appropriate, natural rules ... right law. This is natural law which is real, not imaginary; it is not what reason can recognize in the nature of man and of the life conditions of the time and place; it is thus not eternal nor changeless nor everywhere the same, but is indwelling in the very circumstances of life. The highest task of law-giving consists in uncovering and implementing this immanent law»: v. K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Brown & Co., Boston, 1960, p. 122.

³⁹³ Per la rilevanza costituzionale della *substantive activity* della Corte Suprema, si rimanda *amplius* al cap. IV.

³⁹⁴ I casi decisi dalla Corte, infatti, non sono completamente fungibili tra loro; «much of the litigation before the Court is of extreme importance and the Court's decisions have far reaching effects beyond the actual litigants. ... The Court is expounding a constitution for our society»: così J.A. WINTERS, *General Principles of Constitutional Adjudication: The Political Foundation of Constitutional Law*, in *William & Mary Law Review*, 10, 2, 1968, p.

Questo sempre più evidente monopolio interpretativo sul significato costituzionale rende allora riduttivo definire la Corte solamente come il ‘guardiano della Costituzione’. Per i diversi poteri dell’ordinamento, in primo luogo, si è dimostrato estremamente difficoltoso rendere la propria interpretazione (costituzionale) in tutti quegli ambiti nei quali è assente, o comunque estremamente carente, una precedente interpretazione resa dalla Corte Suprema³⁹⁵; in secondo luogo, la funzione ‘costituzionale’ della Corte Suprema emerge anche sotto un altro aspetto, ossia la possibilità (*rectius*, discrezionalità) che quest’ultima ha nel discostarsi dai propri precedenti: considerando la Costituzione alla stregua di *law in action*, la Corte ha infatti più volte rimarcato che, nell’ambito di *constitutional adjudications*, la dottrina dello *stare decisis* non si applica³⁹⁶.

A fronte delle dinamiche giuridico-istituzionali analizzate nel presente capitolo, quel che preme evidenziare è che la *substantive activity* della Corte Suprema – fintanto che in capo alla stessa spetti la parola finale su questioni riguardanti l’esegesi e l’applicazione di *public law* – permette di identificarla al pari di una Corte (‘costituzionale’) accentrata.

320. Sotto il profilo statistico, si osserva che nel 1973 si raggiunse un picco pari al 66% di controversie pendenti dinanzi alla Corte Suprema che riguardavano casi di rilevanza costituzionale; pur con una certa diminuzione nei decenni successivi, la percentuale dei casi ‘costituzionali’ si è poi più o meno regolarmente attestata intorno al 50% del totale. Per un’analisi quantitativa dettagliata del periodo 1955-2003, si rimanda a R.A. POSNER, *The Supreme Court 2004 Term, Forward: A Political Court*, cit., pp. 35-39 e ivi *sub nt.* 27 e 28.

³⁹⁵ V. G. CASPER, *Guardians of the Constitution*, cit., p. 783: «Thus whoever is called before a Congressional committee as an authority on the question of the separation of powers between Congress and the executive will find as a rule that arguments resting on the text and system of the Constitution are met with the question: “But where did the Supreme Court say so?”».

³⁹⁶ «*Stare decisis* is not a universal inexorable command ... In cases involving the Federal Constitution ... this Court has often overruled its earlier decisions»: così Justice Brandeis, *dissenting opinion*, in Supreme Court of the United States, *Washington v. W.C. Dawson*, 264 U.S. 219 (1924). V. altresì T.C. CLARK, *Constitutional Adjudication and the Supreme Court*, in *Drake Law Review*, 9, 1960, pp. 63-64.

Lo dimostra anche la portata degli effetti delle decisioni: se la pronuncia di una Corte costituzionale ha tipicamente effetti *erga omnes* – ponendo il modello del controllo di costituzionalità c.d. accentrato nell’ottica di essere non solo «dispute-resolving» tra le parti in causa³⁹⁷ – anche la giustizia costituzionale statunitense si dimostra in grado di fornire degli esempi pratici nei quali è carente il ‘veicolo’ della necessaria utilità per la parte in causa dell’interpretazione resa. È il caso, per citare solamente i principali, di *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sanford*³⁹⁸, o, più recentemente, *National Labor Relations Board v. Noel Canning*³⁹⁹, decisioni nelle quali la Corte si è distinta per risolvere questioni di diritto che non sono state tecnicamente sottoposte al suo giudizio, né risultano strettamente necessarie per giungere alla sentenza; da ciò consegue che il *rule of law* costituzionale enunciato dalla Corte Suprema può non risultare circoscritto alla stretta opportunità delle sole parti in causa: circostanza – quella degli effetti *inter partes* delle decisioni – che la classificazione tradizionale riconduce invece al modello di giustizia costituzionale a controllo c.d. diffuso, il cui prototipo viene ravvisato proprio nell’ordinamento statunitense.

Le dinamiche analizzate nel presente capitolo hanno conformato il sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d’America in un sistema nel quale la Corte Suprema riveste, verrebbe da dire, un ruolo analogo a quello svolto da una Corte costituzionale in un sistema a controllo c.d. accentrato. Depongono in tal senso numerosi aspetti istituzionali analizzati: la funzione di garanzia dei rapporti federali tra centro e periferia; la titolarità della *final constitutional interpretation*; il ruolo *constitutional-oriented* dell’istituzione; la *procedural activity* volta a dirimere *constitutional issues*, nonché a creare *constitutional law* in grado di conformare l’intero ordinamento.

Gli studi di giustizia costituzionale comparata, tuttavia, hanno sempre inquadrato il sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d’America entro le coordinate di un ordinamento: i) di *common law*; ii) ancorato al

³⁹⁷ Cfr. J. GREENE, *The Supreme Court as a Constitutional Court*, cit., p. 141.

³⁹⁸ Cfr. nt. 266.

³⁹⁹ Supreme Court of the United States, 134 S.Ct. 2550 (2014).

precedente giurisprudenziale; iii) strutturato secondo un meccanismo di *judicial review* operante secondo dinamiche di scrutinio di costituzionalità delle leggi di tipo diffuso.

A partire dalle premesse iniziali del ragionamento fatto – «ciascun sistema ... può ... essere classificato in base a criteri di prevalenza, avendo previamente individuato ciascun elemento pertinente di volta in volta preso in considerazione»⁴⁰⁰ –, è ora possibile comprendere cosa si è inteso quando si è affermato che un modello (ideale) può tendere alla ‘destrutturazione’. Attraverso l’analisi svolta nel presente capitolo, infatti, si è giunti a dimostrare una netta discrepanza tra *law in books* e *law in action*, ponendosi un primo tassello alla possibile rivisitazione del modello esemplare di giustizia costituzionale statunitense.

⁴⁰⁰ Cfr. nt. 47.

CAPITOLO IV

LA CORTE SUPREMA E IL SUO PROCESSO.

I *PROCEDURAL REMEDIES* PER L'ACCENTRAMENTO DEL CONTROLLO

SOMMARIO:

1. (*Constitutional*) *Stare Decisis*, Corte Suprema e attività interpretativa. – 2. Autorità del precedente e *Limited Overruling*: tra teoria e pratica della giustizia costituzionale statunitense. – 3. Un esempio di accentramento processuale: *Constitutional Interpretation* e *Constitutional Justiciability* nella *Political Question Doctrine*. – 4. (segue) La *Political Question Doctrine* nelle Corti inferiori: ovvero, un difetto di giurisdizione 'incostituzionale'. – 5. Relazioni tra Corti nel *Judiciary* statunitense: dualismo giurisdizionale... – 6. (segue) ...e 'certificazione' dell'uniformità costituzionale.

1. (*CONSTITUTIONAL*) *STARE DECISIS*, CORTE SUPREMA E ATTIVITÀ INTERPRETATIVA

L'analisi condotta nel capitolo precedente ha dimostrato il rilevante impatto istituzionale della Corte Suprema sul *frame of government* statunitense, consentendone di cogliere, per un verso, il ruolo 'paracostituzionale' e, per altro verso, favorendo il ripensamento del sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America.

La logica dell'accentramento è riscontrabile anche in sede di analisi della *substantive activity* della Corte, ossia attraverso l'evidenza di alcune dinamiche processuali che rendono la Corte Suprema un organo difficilmente inquadrabile come (solamente) giudice di ultima istanza.

Lo conferma, anzitutto, la c.d. *stare decisis doctrine*⁴⁰¹, mediante l'analisi degli effetti che quest'ultima può avere su di un ordinamento – quello degli

⁴⁰¹ Alcuni commentatori hanno tentato di identificare la precisa origine di tale meccanismo decisionale sin dal diritto romano antico, considerando che già nel 300 d.C. le opinioni

Stati Uniti d'America – che è sì inserito all'interno di una tradizione giuridica di *common law*, ma che è pure dotato di una Costituzione scritta, la quale, in quanto *supreme law*, vincola la propria interpretazione.

A livello storico, la *stare decisis doctrine* affonda le proprie radici nel *common law* del XVIII secolo e fa riferimento alla concezione di «sacredness of precedents»⁴⁰² che ha permeato l'ordinamento giuridico inglese sin dal Regno di Edward III. Secondo questa impostazione, formulare un giudizio in senso contrario a un precedente reso su di un caso analogo avrebbe significato screditare l'intero sistema giudiziario agli occhi del pubblico⁴⁰³.

L'ordinamento statunitense delle origini si conformò chiaramente alla tradizione giuridica di *common law*, la quale includeva anche il meccanismo del precedente giudiziario vincolante appena descritto; ne è una dimostrazione l'eco che hanno avuto gli insegnamenti di Sir William Blackstone presso i *Framers*, i quali hanno generalmente inteso aderire all'idea del precedente vincolante per il fatto che essa rappresentasse un limite alla discrezionalità interpretativa di una Costituzione scritta⁴⁰⁴.

dell'Imperatore – considerato a capo della gerarchia giudiziaria – avevano forza vincolante e stabilivano quindi la regola di diritto per tutti i successivi casi analoghi: v., ad esempio, W.J. SHRODER, *The Doctrine of Stare Decisis-Its Application to Decisions Involving Constitutional Interpretation*, in *Central Law Journal*, 58, 1904, p. 23. Tuttavia, vale la pena ricordare che questa analisi viene poi 'sconfessata' per decreto dall'Imperatore Giustiniano nel 529 d.C., laddove venne stabilito che nessun giudice dovesse considerarsi vincolato ad alcuna decisione ritenuta errata, né – più in generale – dovesse essere costretto a seguire le opinioni di altri magistrati.

⁴⁰² V. J. KENT, O.W. HOLMES JR. (eds.), *Commentaries on American Law*, 1, 12th ed., Little, Brown & Co, Boston, 1873, p. 542. Nella letteratura più recente, si può leggere SIR R. CROSS, J.W. HARRIS (eds.), *Precedent in English Law*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1977; C. FRIED, *The Artificial Reason of the Law: Or What Lawyers Know*, in *Texas Law Review*, 35, 1981, pp. 54-58.

⁴⁰³ SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, in T.M. COOLEY (ed.), *Blackstone's Commentaries*, cit., pp. 69-71.

⁴⁰⁴ Si possono leggere, ad esempio, le parole di Alexander Hamilton, *The Federalist No. 78*, in C. ROSSITER (ed.), *The Federalist Papers*, Mentor, New York, 1999, p. 439: «To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that [judges] should be bound down by

Tuttavia, come già evidenziato nei capitoli precedenti, la diversa cultura e, soprattutto, le diverse concezioni teorico-giuridiche poste a fondamento del sistema costituzionale nordamericano provocarono una profonda revisione di alcuni dei precetti basilari dell'ordinamento inglese. Si venne così a creare quella che può essere identificata come la «American Doctrine of Stare Decisis»⁴⁰⁵; la differenza con il passato (coloniale) è ben riassunta nelle seguenti parole di James Madison:

*«Is it not the glory of the people of America, that whilst they have paid a decent respect to the opinions of former times and other nations, they have not suffered a blind veneration for antiquity, for custom, or for names, to overrule the suggestions of their own good sense, the knowledge of their own situation, and the lessons of their own experience?»*⁴⁰⁶.

L'ordinamento statunitense si caratterizzò per un minor grado di deferenza all'*auctoritas* del precedente, sostenendosi da subito che un giudice potesse ritenersi non vincolato a una precedente decisione quando fosse ritenuta

strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them ...»; oppure, di John Adams, *draft of November 5, 1760*, in L.H. BUTTERFIELD (ed.), *Diary and Autobiography of John Adams*, 1, Harvard University Press, New York, 1964, pp. 167-168: «Every possible Case being thus preserved in Writing, and settled in a Precedent, leaves nothing, or but little to the arbitrary Will or uninformed Reason of Prince of Judge». In dottrina, v. C. NELSON, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, 87, 2001, pp. 1-9.

⁴⁰⁵ H.C. COVINGTON, *American Doctrine of Stare Decisis*, in *Texas Law Review*, 24, 1946, p. 190 ss.; T.M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 8th ed., Little, Brown & Co., Boston, 1927, pp. 108-124. Per un'analisi dell'istituto nella letteratura più recente, cfr. H.P. MONAGHAN, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review*, 88, 1988, pp. 749-752; T.R. LEE, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in *Vanderbilt Law Review*, 52, 1999, p. 647 ss.; T.W. MERRILL, *Originalism, Stare Decisis, and the Promotion of Judicial Restraint*, in *Constitutional Commentary*, 22, 2005, p. 271.

⁴⁰⁶ James Madison, *The Federalist No. 4*, in C. ROSSITER (ed.), *The Federalist Papers*, cit.

palesamente errata⁴⁰⁷, oppure se il sistema giuridico considerato nel suo complesso avesse tratto maggior beneficio dal sovvertimento di tale precedente, piuttosto che dalla sua perpetuazione⁴⁰⁸.

Stare decisis, dunque, entrò a far parte della tradizione giuridica statunitense come eredità della tradizione giuridica di *common law*; al tempo stesso, la sua portata applicativa risentì della diversa organizzazione del *frame of government* prevista dalla Costituzione del 1787.

In particolare, *stare decisis* ‘statunitense’ si confrontò inevitabilmente con due peculiarità: da un lato, l’esistenza di una Costituzione scritta posta come *supreme law of the land*⁴⁰⁹; dall’altro, la presenza di un «constitutional stare decisis»⁴¹⁰, riferito cioè all’attività decisionale della Corte Suprema quale giudice di *constitutional cases*, attività in grado di dispiegare effetti su tutto il sistema giuridico statunitense⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Un esempio pratico di questa diversificazione risiede nella circostanza che la Corte Marshall, nei primi anni del XIX secolo, affiancò all’idea di vincolatività del precedente quella di una «limited notion of ... correction», in caso di errori contenuti nelle decisioni previgenti; costituiscono un esempio di questo ragionamento le decisioni Supreme Court of the United States, *Gordon v. Ogden*, 28 U.S. (3 Pet.) 33, 34 (1830); Supreme Court of the United States, *United States v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51, 88 (1833).

⁴⁰⁸ O viceversa, nel senso di una tendenza della Corte Suprema delle origini a non travolgere dei precedenti il cui sovvertimento avrebbe avuto notevoli conseguenze su tematiche di rilevante impatto economico per l’intero ordinamento. Cfr., su tutte, Supreme Court of the United States, *McCulloch v. State of Maryland*, cit.: «An exposition of the constitution, deliberately established by legislative acts, on the faith of which an immense property has been advanced, ought not to be lightly disregarded».

⁴⁰⁹ Cfr. nt. 35.

⁴¹⁰ J.F. MITCHELL, *Stare Decisis and Constitutional Text*, in *Michigan Law Review*, 110, 1, 2011, p. 2.

⁴¹¹ Nell’ordinamento inglese, infatti, le Corti esercitavano le proprie competenze all’interno di un regime di *parliamentary omnipotence*, e non tanto di *constitutional supremacy*; «if the Parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power that can control it ... Parliament is the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms»: così SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, cit., pp. 91 e 156.

Si sviluppò, in tal senso, una relazione privilegiata tra organo giudiziario di vertice e Costituzione, capace di investire, in primo luogo, la legittimazione della stessa Corte Suprema⁴¹². Detta legittimazione si fonda sull'autorità del testo costituzionale; e la Corte, per mantenere la propria 'supremazia decisionale' all'interno dell'ordinamento, deve assicurarsi che il proprio *ruling* sia coerente con il testo che ne garantisce le competenze (nonché, la stessa esistenza).

In secondo luogo, la relazione si riflette sui legami esistenti tra potere giudiziario e attività interpretativa della Costituzione, posto che tradizionalmente il meccanismo di *stare decisis* è stato visto come lo strumento giuridico che ha permesso di discostarsi da una fedele (*rectius*, letterale) interpretazione del testo costituzionale – logica, questa, ancorata alla possibilità che una precedente decisione vincolante ne destrutturò il c.d. significato originario⁴¹³.

Grazie a queste premesse, è allora possibile capire perché il c.d. *U.S.-related stare decisis* risulti in grado di restituire – sotto il profilo processuale – l'immagine di una Corte Suprema quale Corte dai tratti 'costituzionali', e dunque l'idea di un funzionamento accentrato del sistema di giustizia costituzionale statunitense.

Questa operazione è possibile, in particolare, prendendo in considerazione l'attività decisionale della Corte concernente la decisione di *constitutional issues*.

Preliminarmente, va considerato che il meccanismo del precedente vincolante fa sì che la Corte Suprema, grazie alla sua posizione di vertice nella gerarchia

⁴¹² V. J.F. MITCHELL, *Stare Decisis and Constitutional Text*, cit., p. 2

⁴¹³ Attraverso una lettura formalista (*textualist*) del testo costituzionale, la Corte Suprema deriverebbe infatti i propri poteri da una fonte sovraordinata quale la Costituzione; di conseguenza, la sua interpretazione del testo dovrebbe essere vincolata al significato del linguaggio 'originario' e non alla lettura che ne viene data dai giudici nel corso del tempo, a seconda del significato ritenuto volta per volta desiderabile. Cfr., per questa impostazione, A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, cit., p. 139; T.W. MORRISON, *Stare Decisis in the Office of Legal Counsel*, in *Columbia Law Review*, 110, 2010, p. 1524.

giudiziaria statunitense⁴¹⁴, risulti in grado di confermare o invalidare (*rectius*, sindacare la costituzionalità di) un atto legislativo tenendo in considerazione unicamente la conformità o meno con un precedente reso dalla stessa Corte Suprema.

Sotto il profilo pratico, infatti, la *stare decisis doctrine* si è sviluppata nel senso che un organo giudiziario si ritenga vincolato nei confronti di «earlier judicial decisions when the same point arise again in litigation»⁴¹⁵, e che il precedente assuma diversa gradazione di vincolatività a seconda che sia stato reso dalla stessa Corte tenuta a pronunciarsi – c.d. precedente ‘orizzontale’ –, oppure da una Corte gerarchicamente superiore a quella decidente – c.d. precedente ‘verticale’⁴¹⁶.

La posizione di vertice della Corte Suprema nella gerarchia giudiziaria federale, di conseguenza, fa sì che un suo precedente vincoli tutti i giudici inferiori: in tal senso, non sembra quindi difficile verificare l’esistenza di un accentramento decisionale (delle questioni di costituzionalità) in capo alla Corte.

A livello ‘orizzontale’, invece, non è così agile elevare il *reasoning* dei precedenti della Corte alla stregua di *condicio sine qua non* per le sue future decisioni; in altre parole, è ben possibile che un proprio precedente (costituzionale) non vincoli automaticamente la Corte nel senso di doversi conformare ad esso.

Per dirimere questo punto, è opportuno osservare che il meccanismo operativo di *stare decisis* potrebbe incidere direttamente sulla *ratio* che è possibile attribuire alla vincolatività del ‘precedente costituzionale’: il suo

⁴¹⁴ Cfr. nt. 95.

⁴¹⁵ Voce *Stare Decisis*, in B.A. GARNER (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 11th ed., West Group, Sant Paul, 2019, p. 1626.

⁴¹⁶ Con riferimento alla vincolatività dei precedenti resi dalla Corte Suprema nei confronti delle Corti inferiori, v. la particolare impostazione data da M.A. THURMON, *When the Court Divides: Reconsidering the Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions*, in *Duke Law Journal*, 42, 17, 1992, pp. 419-422, secondo cui tale vincolatività non deriverebbe tanto dall’applicazione della *stare decisis doctrine*, quanto dalla gerarchia giudiziaria che traspare dall’art. III della Costituzione statunitense.

fondamento giustificativo può essere visto non tanto in quello di analizzare se vi sia stata una corretta interpretazione della Costituzione, quanto in quello di «avoid the decision costs (and other costs) that would arise if the Court were continually to reconsider previously decided constitutional questions»⁴¹⁷.

Questa conclusione, però, viene avversata da quell'impostazione dottrinale che vede nell'interpretazione testuale della Costituzione l'unica (costituzionalmente) corretta⁴¹⁸; secondo quest'ottica, come già anticipato, il problema sorgerebbe dal fatto che *stare decisis* consentirebbe alla Corte Suprema di applicare i propri precedenti anche qualora essi differiscano da un'interpretazione testuale (e quindi, originaria) della Carta costituzionale.

A questo proposito, non è mancato chi ha proposto di equiparare le decisioni della Corte al testo costituzionale⁴¹⁹; un'impostazione del genere, tuttavia, sembra scontrarsi con il tenore dell'art. VI della Costituzione, il quale indica come *supreme law of the land* solamente «this Constitution», «[the] laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof», nonché i «treaties made ... under the Authority of the United States».

Il dibattito da ultimo evidenziato, per quanto qui rileva, risulta comunque in grado di confermare il valore 'accentrato' dell'interpretazione costituzionale resa dalla Corte.

⁴¹⁷ J.F. MITCHELL, *Stare Decisis and Constitutional Text*, cit., p. 11.

⁴¹⁸ Si tratta dei cc.dd. '*originalists*', i quali sostengono che la Costituzione dovrebbe, così come ogni altro testo scritto, essere interpretata *testualmente* secondo quello che è il significato che intendevano ad essa dare i *Framers*, o comunque i *Ratifiers*. Cfr. *amplius* cap. III, § 3.

⁴¹⁹ Da intendersi tanto nel senso di equiparare le decisioni della Corte Suprema alla Costituzione in sé, quanto, in alternativa, alla considerazione di esse quali autorevole fonte di costruzione del testo costituzionale. Per la prima impostazione, v. in particolare la sentenza Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, cit., la quale identifica la maggioranza espressa nelle decisioni della Corte Suprema come *supreme law of the Land*; per la seconda impostazione, cfr. in particolare L. ALEXANDER, F. SCHAUER, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, cit., pp. 1359-1361.

Come già detto, le Corti inferiori, nella propria attività decisionale, si conformano alle pronunce di (in)costituzionalità dell'organo giudiziario federale di vertice. Ma vi è di più: il potere esecutivo, solitamente, dà attuazione alle sentenze della Corte rese in *constitutional cases*, anche qualora vi sia un contrasto ideologico sulle modalità di risoluzione della specifica controversia⁴²⁰; la stessa Corte, infine, 'cede' agli altri poteri la propria potestà interpretativa solamente in base a un *self-restraint* – ad esempio, nel caso in cui si trovi a decidere in merito a quelle che ritiene essere *political questions*⁴²¹.

L'attività interpretativa (accentrata) della Costituzione operata dalla Corte Suprema, pertanto, è anzitutto in grado di disvelare la compatibilità di *constitutional stare decisis* con il testo di una Costituzione scritta – relazione che, come già ricordato in precedenza, non è presente nella tradizione del *common law* inglese. In particolare, ciò avviene grazie ai meccanismi della *Supremacy Clause* di cui all'art. VI.

Con riferimento al possibile 'grado costituzionale' delle decisioni della Corte Suprema, vale la pena ricordare che è stata la stessa Corte, in *Marbury v. Madison*, ad affermare che le proprie interpretazioni della Costituzione debbano prevalere nei confronti di un contrario atto del Congresso. Tuttavia, questo non priva di significato la legalità (*rectius*, compatibilità a Costituzione) di *constitutional stare decisis*: anzitutto, perché il potere giudiziario è soggetto all'autorità del testo costituzionale, prima che all'interpretazione che viene data dello stesso⁴²²; inoltre, perché la prevalenza

⁴²⁰ Il Presidente, secondo l'impostazione utilizzata nel presente lavoro, è l'unico altro attore istituzionale che potrebbe astrattamente vantare una possibile rilevante autonomia nell'interpretazione del significato della Costituzione: si rimanda *funditus* al concetto di *presidential review*, analizzato nel cap. III, § 3.

⁴²¹ Cfr. *infra*, cap. IV, § 3.

⁴²² «Supreme Court opinions are not listed among the “supreme” laws described in Article VI – they are, after all, called *opinions* – and the Supreme Court has always retained the prerogative to modify, trim, or overrule its own precedent»: J.F. MITCHELL, *Stare Decisis and Constitutional Text*, cit., p. 33 e *ivi* nt. 128, nella quale viene richiamata sul punto la decisione Supreme Court of the United States, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

dell'interpretazione costituzionale resa dalla Corte enunciata in *Marbury* trova delle chiare eccezioni⁴²³, come dimostrano sia la *political question doctrine*, sia la c.d. *political safeguard of federalism*⁴²⁴.

In altre parole, la compatibilità a Costituzione tanto dell'esistenza di *constitutional stare decisis*, quanto della possibilità, per la Corte Suprema, di non auto-vincolarsi ai propri precedenti, sono fattori che, lungi dall'entrare in contraddizione, permettono invece di mostrare un primo accentramento 'processuale' della giustizia costituzionale statunitense.

2. AUTORITÀ DEL PRECEDENTE E *LIMITED OVERRULING*: TRA TEORIA E PRATICA DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE

La Corte Suprema ha espressamente riconosciuto l'applicazione di *stare decisis* sulla base del fatto che l'aderenza al precedente può favorire stabilità, certezza e uniformità nell'applicazione del diritto⁴²⁵. A livello teorico, vi sono

⁴²³ Esistono infatti numerosi casi di interpretazione costituzionale che sono appannaggio degli organi politici, più che di quelli giudiziari: sono un esempio la suddivisione dei *war powers* tra Congresso e Presidente, oppure il significato della *Republican Form of Government Clause*. In giurisprudenza, v. rispettivamente United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Mitchell v. Laird*, 488 F.2d 611, 616 (1973) e United States Supreme Court, *Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912).

⁴²⁴ Cfr. cap. III, § 1 e 2.

⁴²⁵ V. Supreme Court of the United States, *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986): «The important doctrine of *stare decisis* is the means by which we ensure that law will not merely change erratically, but will develop in a principled and intelligible fashion. That doctrine permits society to presume that bedrock principles are founded in the law, rather than in the proclivities of individuals, and thereby contributes to the integrity of our constitutional system of government, both in the appearance and in fact»; Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992): «The very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable»; Supreme Court of the United States, *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010): «*Stare decisis*' greatest purpose is to serve a constitutional ideal – the rule of law. It follows that in the unusual circumstance when fidelity to any particular precedent does more damage to this constitutional ideal than to advance it, we must be more willing to depart from that precedent»; Supreme Court of the United States,

però anche altre possibili giustificazioni per l'applicazione di tale dottrina: la Corte può discostarsi dalla sua qualificazione come organo decidente sulla base di preferenze extra-giuridiche⁴²⁶; infine, si dà la possibilità concreta di voler ridurre il numero delle questioni giuridiche che la Corte deve volta per volta risolvere in giudizio⁴²⁷.

Quale che sia la sua giustificazione, l'applicazione di questa dottrina all'attività decisionale della Corte Suprema ben dimostra quel tratto accentrato della giustizia costituzionale statunitense che qui si intende valorizzare. In particolar modo, ciò risulta evidente analizzando la sua concreta portata applicativa nella *substantive activity* della Corte quale giudice di costituzionalità, ossia nell'esistenza o meno di una (auto)vincolatività 'orizzontale' ad un precedente reso in *constitutional adjudications*.

Quel che si intende ora sottoporre a verifica, di conseguenza, è la possibilità per la Corte di discostarsi da un proprio precedente nel quale viene data una determinata interpretazione del testo costituzionale.

La Corte Suprema ha stabilito nel tempo alcune regole peculiari per l'applicazione della *stare decisis doctrine* nella risoluzione di *constitutional cases*. Sotto un profilo delle relazioni 'istituzionali', ad esempio, l'approccio verso il sovvertimento di una (propria) precedente interpretazione della Costituzione è sempre stato abbastanza prudentiale, giustificandosi tale sensibilità soprattutto in considerazione delle difficoltà cui andrebbe incontro

Alleyne v. United States, 570 U.S. 99 (2013): «We generally adhere to our prior decisions, even if we questions their soundness, because doing so 'promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process».

⁴²⁶ Cfr. cap. III, § 5.

⁴²⁷ Nella giurisprudenza si può leggere Supreme Court of the United States, *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880 (2008): «Stare decisis will allow courts swiftly to dispose of repetitive suits». V. in dottrina B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., p. 149: «The labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case».

una modifica (per via legislativa) del testo costituzionale volta a sovvertire un *ruling* della Corte Suprema⁴²⁸.

Tuttavia, oltre che con riferimento alle relazioni intercorrenti tra differenti poteri dell'ordinamento, anche sotto il profilo 'processuale' la Corte Suprema evidenzia un egual grado di prudenza, posto che richiede «special reason»⁴²⁹, o «strong grounds»⁴³⁰, per superare un 'precedente costituzionale' reso da sé stessa; è anche in tal senso, allora, che si può notare come le pronunce della Corte rese in *constitutional cases* risultino in grado di sottolineare un'attività decisionale 'paracostituzionale'.

La logica prudenziale nel sovvertimento di un precedente costituzionale 'orizzontale' è stata sostenuta principalmente dalla Corte Suprema sulla base del fatto che un continuo mutamento dell'interpretazione della Costituzione minerebbe la stessa legittimità della Corte; è per questo che essa è giunta a considerare necessaria l'esistenza di taluni fattori «that seek to foster the rule

⁴²⁸ Nella storia costituzionale statunitense, attenta dottrina ha identificato unicamente in cinque casi il materiale superamento di un precedente reso dalla Corte Suprema attraverso una modifica della Costituzione: Supreme Court of the United States, *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793), sostituita dall'XI emendamento alla Costituzione; Supreme Court of the United States, *Dred Scott v. Sandford*, cit., sostituita dal XIII e dal XIV emendamento alla Costituzione; Supreme Court of the United States, *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162 (1874), sostituita dal XIX emendamento alla Costituzione; Supreme Court of the United States, *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601 (1895), sostituita dal XVI emendamento alla Costituzione; Supreme Court of the United States, *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), sostituita dal XXVI emendamento alla Costituzione. Cfr. *amplius* B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, Congressional Research Service Report, R45319, updated September 24, 2018, p. 9 e *ivi sub* nt. 54.

⁴²⁹ Cfr. Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood v. Casey*, cit.: «A decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided».

⁴³⁰ Cfr. Supreme Court of the United States, *Janus v. Am. Fed. of State, County, & Mun. Employees*, 585 U.S., No. 16-1466 __ (2018): «We will not overturn a past decision unless there are strong grounds for doing so».

of law while balancing the costs and benefits to society of reaffirming or overruling a prior holding»⁴³¹.

Un primo fattore per valutare il possibile *overruling* di un precedente costituzionale può riguardare direttamente l'aderenza o meno al *reasoning* della precedente decisione⁴³², per quanto in realtà la Corte generalmente ritenga insufficiente solo la sussistenza di tale scostamento ideologico. Un secondo fattore fa riferimento a una sorta di salvaguardia costituzionale della 'sussidiarietà decisionale', ritenendosi cioè di poter superare una precedente decisione solo nel momento in cui lo standard costituzionale in questa espresso sia troppo complicato («unworkable») per essere applicato dalle Corti inferiori⁴³³. Un terzo fattore si concentra sull'eventuale erosione che possono aver subito i principi affermati nel precedente che si intende sovvertire⁴³⁴ – ad esempio, per il tramite di altre decisioni non direttamente inerenti con la medesima questione costituzionale. Un quarto, infine, ha riguardo all'«affidamento» che gli altri attori istituzionali – persone fisiche e

⁴³¹ B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, cit., p. 12. V. altresì l'approfondita analisi svolta sul tema da R.R. KELSO, *How the Supreme Court is Dealing with Precedents in Constitutional Cases*, in *Brooklyn Law Review*, 62, 1996, pp. 997-1030.

⁴³² Si può leggere a tal riguardo Supreme Court of the United States, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Per un'interessante analisi su come lo stile decisionale fatto proprio dalla Corte Suprema possa influenzare lo scostamento da una precedente decisione ritenuta fondata su basi logiche avversate, v. R.R. KELSO, *How the Supreme Court is Dealing with Precedents in Constitutional Cases*, cit., pp. 983-986.

⁴³³ Supreme Court of the United States, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); Supreme Court of the United States, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit.; Supreme Court of the United States, *Sandin v. Conner*, 115 U.S. (S.Ct.) 2293 (1995); Supreme Court of the United States, *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009): «The fact that a decision has proved 'unworkable' is a traditional ground for overruling it».

⁴³⁴ Supreme Court of the United States, *California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); Supreme Court of the United States, *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995); Supreme Court of the United States, *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 116 U.S. (S.Ct.) 1495 (1996); Supreme Court of the United States, *Janus v. Am. Fed. of State, County, & Mun. Employees*, cit.

giuridiche, potere esecutivo e legislativo, o finanche la società complessivamente considerata – possono porre con riguardo all’effettività dei precedenti della Corte Suprema (anche se in certo qual modo viziati)⁴³⁵.

Questi fattori sono in grado di mostrare una potenziale contraddizione: da un lato, attraverso la considerazione degli effetti ricadenti sull’ordinamento giuridico nel complesso considerato, la Corte sembra attribuire ad un proprio precedente costituzionale un valore superiore rispetto a quello di semplice decisione di un organo giudiziario; dall’altro, la volontà di limitare l’*overruling* dei propri precedenti denota una teorica accettazione dei meccanismi di *stare decisis*⁴³⁶.

La contraddizione è risolvibile considerando il *judicial review of legislation* statunitense come un sistema che dota la Corte Suprema di una funzione privilegiata (*rectius*, accentrata) nella risoluzione delle questioni di

⁴³⁵ Si tratta del c.d. ‘*reliance factor*’, il quale si fonda sostanzialmente sull’idea che sovvertire un precedente non sia una possibilità qualora ciò si possa trasformare in una situazione di difficoltà per parte dell’ordinamento giuridico. Un ‘affidamento’ di tal sorta può avere riguardo a criteri economici (ad es., in materia di investimenti finanziari, diritto di proprietà, *contract law*), sociali, o istituzionali (ad es., con riferimento alle relazioni tra poteri, o tra il livello di governo federale e quello degli Stati). V. Supreme Court of the United States, *McCulloch v. Maryland*, cit.: «An exposition of the constitution, deliberately established by legislative acts, on the faith of which immense property has been advanced, ought not to be lightly disregarded»; Supreme Court of the United States, *Knox v. Lee*, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1870): «financial and other important social institutions have been built on expectations that the decision will not be overruled; ... it has been accepted by a wide range of political interests such that there is no well-organized political force working to undo it»; Supreme Court of the United States, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991): «Considerations in favor of stare decisis are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved»; Supreme Court of the United States, *Lawrence v. Texas*, cit.: «... when a Court is asked to overrule a precedent recognizing a constitutional liberty interest, individual or societal reliance on the existence of that liberty cautions with particular strength against reversing course».

⁴³⁶ Nel corso di una precisa analisi svolta di recente, dalla data di creazione della Corte Suprema alla fine del 2018 sono comunque stati evidenziati 141 casi di *overruling* di precedenti costituzionali: cfr. B.J. MURRILL, *The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent*, cit., Table A-1, pp. 27-50.

costituzionalità: senza giungere a porre le pronunce della Corte al rango di *supreme law*, va infatti considerato come il connubio tra dottrina del precedente vincolante e Costituzione scritta abbia portato all'esistenza di un sistema di giustizia costituzionale che solo nella teoria può essere correttamente classificato come 'diffuso'.

Le decisioni rese dalla Corte Suprema nelle controversie costituzionali implicano quasi sempre questioni di fatto e di diritto altamente divisive e controverse, in grado cioè di impattare con forza sulle dinamiche della società nel complesso considerata; secondo una classificazione del sistema di giustizia costituzionale statunitense come 'diffuso', non vi dovrebbe però essere alcuna distinzione tra gli effetti dispiegati da una decisione di tal sorta ed una resa da una qualsiasi Corte distrettuale. Se ciò può essere vero nella *teoria*, la *pratica* restituisce invece dei meccanismi completamente differenti, ancorati al riconoscimento del fatto che la Corte Suprema risulta (anche processualmente) l'organo giudiziario in grado di conformare *in senso giuridico* l'ordinamento – gerarchia giudiziaria, poteri esecutivo e legislativo, popolo – per il tramite della propria legittimazione ad ergersi quale *final adjudicator in constitutional issues*.

3. UN ESEMPIO DI ACCENTRAMENTO PROCESSUALE: *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION* E *CONSTITUTIONAL JUSTICIABILITY* NELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*

L'attitudine (processuale) della Corte Suprema di ergersi a decisore 'accentrato' di costituzionalità emerge anche laddove sembrerebbe configurarsi un ruolo recessivo della giustizia costituzionale, e cioè dall'analisi di quelle situazioni giuridiche per le quali si parla di *non justiciability*.

Il pensiero corre a quelle che possono qualificarsi *political questions*, argomento che inevitabilmente rimanda al rapporto – spesso conflittuale – tra

giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato⁴³⁷. Il ‘modello esemplare’ di tale dialogo tra giuridico e opportunità politica è rappresentato proprio dagli Stati Uniti d’America, ed anche l’analisi della relazione sussistente tra *judicial review* e *judicial interpretation* apporta elementi ulteriori a supporto di una rilettura della tradizionale classificazione del sistema di giustizia costituzionale statunitense.

La peculiare relazione tra capacità decisionale della Corte Suprema e ambiti riservati agli organi politici ha dato vita a quella che è stata definita *political question doctrine*⁴³⁸. In linea di prima approssimazione, essa afferma che esistono alcuni aspetti problematici propri del diritto costituzionale che possono essere risolti in modo più efficace dal *political government*, la cui risoluzione in via giudiziale, dunque, non dovrebbe essere consentita.

Questa dottrina è sempre stata considerata un sostanziale enigma per i commentatori⁴³⁹: anzitutto, perché la competenza a decidere su controversie che risultano, di fatto, *political*, non sembrerebbe essere pacificamente estranea alle dinamiche processuali statunitensi⁴⁴⁰; inoltre, perché parrebbe

⁴³⁷ Cfr., sul punto, M. NICOLINI, “Dialogo”, “tensione” e supra-majoritarian difficulty: per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato, in M. NICOLINI, D. BUTTURINI (eds.), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato, I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, I, BUP, Bologna, 2017, p. 49 ss.

⁴³⁸ Cfr. nt. 83. Altresi, v. O.P. FIELD, *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, in *Minnesota Law Review*, 8, 1924, p. 485 ss.; M. TUSHNET, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, pp. 148-149; J. HARRISON, *The Political Question Doctrines*, in *American University Law Review*, 67, 2017, pp. 460-485.

⁴³⁹ La definisce in questi termini M.H. REDISH, *Judicial Review and the “Political Question”*, cit., p. 1031.

⁴⁴⁰ Cfr. Supreme Court of the United States, *Baker v. Carr*, cit.: «The mere fact that the suit seeks protection of a political right does not mean it presents a political question»; Supreme Court of the United States, *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946): «... myriad [cases] refute the contention that courts are impotent in connection with evasion of all ‘political’ rights». In dottrina, v. E. CHERMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, 7th ed., Wolters Kluwer, New York, 2016: «The political question doctrine is a misnomer; the federal courts deal with

addirittura porsi in contrasto con la nozione di *judicial review of legislation*, rappresentando l'idea che alcune *constitutional issues* possano esorbitare dalla conoscibilità del potere giudiziario⁴⁴¹.

Con riferimento a quest'ultima supposta contrapposizione, ne va però da subito sottolineata l'inconsistenza: posto che le Corti, nel deferire ad altro potere la decisione di un caso, devono comunque effettuare un'iniziale valutazione sull'applicabilità o meno della *political question doctrine*, è chiaro che è il potere giudiziario a dettare l'interpretazione giuridica. In altre parole, l'eventuale *nonjusticiability* di una questione può derivare solamente da una previa ricognizione giudiziale in tal senso: e dunque, qualora riconosciuta l'esistenza di una finalità politica nella risoluzione della controversia, si tratterebbe di un *self-restraint* nel merito 'volontario' e non, invece, di una limitazione all'art. III della Costituzione.

Depone in questo senso, ad esempio, la lettura della stessa giurisprudenza della Corte Suprema, laddove, nel caso *Baker v. Carr*, si afferma che:

«Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government ... is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution»⁴⁴².

Come accennato, la *political question doctrine* è chiaramente connessa al concetto di 'giustiziabilità', ovvero all'esigenza di determinare se il sistema

political issues all of the time»; R.E. BARKOW, *More Supreme than Court – The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 102, 2002, p. 244.

⁴⁴¹ V. E. CHEMERINSKY, *Interpreting the Constitution*, Praeger, New York, 1987, pp. 99-100; M.H. REDISH, *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1031 ss.

⁴⁴² Cfr. nt. 85. V. anche L. CHAMPLIN, A. SCHWARZ, *Political Question Doctrine and Allocation of the Foreign Affairs Power*, in *Hofstra Law Review*, 13, 1985, p. 215 ss.; W. MCCORMACK, *The Political Question Doctrine–Jurisprudentially*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 70, 1993, p. 798: «a decision to allow one political branch to have the final say on an issue ... is itself an interpretation of constitutional law».

giudiziario risulti il luogo giuridico adeguato al fine di trattare (*rectius*, decidere) della tutela di una determinata controversia. L'eventuale 'non giustiziabilità' di un caso, infatti, poggia interamente su di una giustificazione giuridico-costituzionale: laddove il caso presentato dinanzi alla Corte Suprema risulti talmente specifico da vederne (costituzionalmente) riservata la disciplina a uno degli organi politici previsti nell'ordinamento, oppure, all'opposto, talmente indeterminato che la stessa Costituzione non lo identifichi come tutelabile in forza di sé stesso, ecco che la Corte si auto-esclude dal garantire tutela a una posizione giuridica attratta, in tal modo, al processo democratico-rappresentativo.

La possibile ricognizione operata per tal via dal potere giudiziario non porta però alla necessaria adesione ad una (illegittima) *judicial supremacy*⁴⁴³, rafforzando invece, per converso, la compatibilità a Costituzione dell'attività interpretativa della Corte Suprema attraverso il *judicial review of legislation*: l'idea che alcune *constitutional questions* vengano lasciate alla disponibilità decisionale del Congresso o del potere esecutivo, infatti, è coerente tanto con le basi teoriche poste a fondamento della *political question doctrine*, quanto con una visione 'accentrata' della giustizia costituzionale statunitense.

Il compito attribuito alla Corte Suprema dal caso *Marbury* – «it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is»⁴⁴⁴ – non implica necessariamente il monopolio dell'interpretazione

⁴⁴³ Cfr. in particolare R.E. BARKOW, *More Supreme than Court – The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., pp. 300-319. Non è l'obiettivo del presente lavoro di ricerca, tuttavia, quello di entrare nel merito della questione relativa a una supposta invasione 'incostituzionale' della Corte Suprema negli ambiti riservati agli altri poteri, come potrebbe deporre, ad esempio, la lettura di alcuni casi controversi quali Supreme Court of the United States, *City of Boerne v. Flores*, cit.; Supreme Court of the United States, *Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999); Supreme Court of the United States, *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000). L'analisi svolta, infatti, si limita a valutare l'impatto della *political question doctrine* sul ruolo di *final adjudicator in constitutional issues* della Corte Suprema.

⁴⁴⁴ Cfr. nt. 4.

alla Corte, ma lascia spazio per le ‘visioni costituzionali’ degli altri poteri⁴⁴⁵. È esattamente nel medesimo caso, infatti, che *Chief Justice* Marshall riconosce l’esistenza di alcune controversie che ricadono al di fuori della conoscibilità del potere giudiziario, «questions, in their nature political, or which are, by the constitutions and laws, submitted to the executive»⁴⁴⁶. È in tal senso, allora, che i germi della *political question doctrine* vengono ad esistenza sin dalle origini dell’ordinamento statunitense, ossia all’interno di un’architettura costituzionale fortemente ancorata all’idea della separazione dei poteri⁴⁴⁷, nonché al riconoscimento che non tutte le disposizioni della Costituzione potessero essere di esclusivo appannaggio decisionale delle Corti⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ La problematica iniziale portata dalla sentenza *Marbury v. Madison*, del resto, era rappresentata dalla circostanza secondo cui un organo (non democraticamente eletto) del potere giudiziario avesse il potere non solo di dichiarare illegittima la normativa di primo grado in contrasto con la carta costituzionale, quanto e soprattutto che tale organo potesse politicamente prevaricare in via ermeneutica gli altri poteri statuali.

⁴⁴⁶ È utile sottolineare, poi, come John Marshall non fosse nuovo ad un’impostazione del genere; prima di prestare servizio quale giudice della Corte Suprema egli era membro della *House of Representatives*, ruolo dove già ebbe modo di sostenere l’esistenza di alcuni giudizi ‘politici’ e perciò inidonei ad essere decisi dalle Corti statunitensi: «... if the judicial power extended to every question under the constitution, it would involve almost every subject proper for legislative discussion and decision. ... The division of power ... could exist no longer, and the other departments would be swallowed up by the judiciary». O ancora, con riferimento alle relazioni internazionali dell’epoca, egli sostenne che il potere giudiziario non potesse determinare in alcun modo «the boundary line between the American and British dominions». V. *Speech of Honorable John Marshall (March 7, 1800)*, in 18 U.S. (5 Weath.) app. nt. 1, p. 16 ss.

⁴⁴⁷ Cfr. J.S. PETTINATO, *Executing the Political Question Doctrine*, in *Northern Kentucky Law Review*, 33, 1, 2006, pp. 63-66.

⁴⁴⁸ Le radici della dottrina, per la verità, si trovano anche già nel diritto inglese: i primi sviluppi possono essere visti sin dalla rivendicazione al trono del Duca di Yorke del 1460, laddove il potere giudiziario rifiutò di considerare la controversia relativa alla legittimità di tale rivendicazione. Tuttavia, il più importante caso che ebbe a che fare con queste problematiche è *Nabob of the Carnatic v. East India Co.* – 1 Ves. Jr. 370 (1791), 2 Ves. Jr. 56 (1793) –, laddove la *House of Lords* rifiutò di pronunciarsi sulla validità di un contratto

Le basi teoriche della dottrina vengono tratteggiate anche da Alexander Hamilton, laddove viene espressamente riconosciuto che il *judicial review of legislation* debba sì essere la norma, ma come al contempo esistano alcune eccezioni a tale meccanismo operativo, discendenti direttamente dal testo costituzionale:

*«if it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments it may be answered that this cannot be the natural presumption where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution»*⁴⁴⁹.

Nasce così da queste idee quella che è poi divenuta, nella letteratura, la formulazione ‘classica’ della *political question doctrine*. Il testo della Costituzione delinea determinate categorie di controversie che sono risolvibili solo per il tramite della discrezionalità decisionale del potere legislativo o esecutivo, e la cui ‘giustiziabilità’ è invece preclusa al potere giudiziario.

In questo senso, la dottrina è stata tradizionalmente giustificata facendo riferimento alla deferenza delle Corti al principio di separazione dei poteri: «all the doctrine can defensibly imply is that the courts are called upon to judge whether the Constitution has committed to another agency of government the autonomous determination of the issue raised»⁴⁵⁰; come esempi di questa ‘astensione’ risultante dall’interpretazione del testo costituzionale possono essere portati il potere di *impeachment* in capo al

sulla scorta del fatto che la East India Company, nella sua attività commerciale, agisse quale delegato di poteri sovrani. V. M. FINKELSTEIN, *Judicial Self-Limitation*, cit., p. 338 ss.; R.J. BEAN JR., *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication*, in *West Virginia Law Review*, 71, 1969, pp. 98-99.

⁴⁴⁹ Alexander Hamilton, *The Federalist No. 78*, in C. ROSSITER (ed.), cit., p. 467.

⁴⁵⁰ Così H. WECHSLER, *Toward Neutral Principle of Constitutional Law*, cit., pp. 6-9. V. anche M. FULLER WESTON, *Political Questions*, cit., p. 296 ss.

Senato, il potere di ciascuna Camera di espellere un proprio membro, nonché la garanzia della forma di governo repubblicana.

Accanto a questa formulazione se ne è posta una c.d. ‘prudenziale’⁴⁵¹, secondo la quale la Corte Suprema deve evitare di giungere alla decisione di *political questions* sulla base di considerazioni meramente pragmatiche, o *functional*: il riferimento, cioè, è verso profili di opportunità dell’intervento giudiziale, che dovrebbe essere escluso in quei casi nei quali, pronunciandosi, la Corte arriverebbe a minare l’autorità di sé stessa⁴⁵².

A prescindere dalla precisa formulazione offertane in letteratura⁴⁵³, certo è il fatto che la *political question doctrine* è conosciuta ed applicata dalla Corte Suprema nell’esercizio dello scrutinio delle questioni di costituzionalità; del resto, non sembra corretto argomentare in merito ad una ‘inutilità’ della stessa

⁴⁵¹ V. in particolare A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 183-198; ID., *The durability of Colegrove v. Green*, in *Yale Law Journal*, 72, 1962, pp. 44-45. Cfr., sul tema, anche M. FINKELSTEIN, *Judicial Self-Limitation*, cit., p. 338 ss.; ID., *Some Further Notes on Judicial Self-Limitation*, in *Harvard Law Review*, 39, 1926, p. 221; G. GUNTHER, *The Subtle Vices of the “Passive Virtues”—A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, in *Columbia Law Review*, 64, 1962, pp. 1-24; L. CHAMPLIN, A. SCHWARZ, *Political Question Doctrine and Allocation of the Foreign Affairs Power*, cit., p. 229: «the prudential political question gives the Court an option when it decides that an act is constitutional but [does not] like it and therefore won’t validate it»; R.A. SHAPIRO, *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, in *Cornell Law Review*, 85, 2000, p. 656 ss.«». In giurisprudenza, si può vedere un’applicazione pratica di questa impostazione nei casi Supreme Court of the United States, *Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon*, cit.; Supreme Court of the United States, *Colegrove v. Green*, cit.; Supreme Court of the United States, *Naim v. Naim*, 350 U.S. 891 (1955).

⁴⁵² Va precisato che in dottrina non mancano poi ulteriori proposte in merito alla portata della *political question doctrine*; ad esempio, c’è chi ha tracciato una linea di demarcazione tra esercizio legittimo di *judicial review* e il riconoscimento di limiti all’utilizzo dell’*equity power*: L. HENKIN, *Is there a ‘Political Question’ Doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 1976, pp. 600-601.

⁴⁵³ Per quanto sia inevitabile, ai fini della presente ricerca, una maggiore aderenza alla formulazione c.d. ‘classica’ della dottrina.

nell'esercizio di *judicial review*⁴⁵⁴, posto che i meccanismi propri di quest'ultimo si fondano sui medesimi presupposti della dottrina in questione – una Costituzione scritta delineante un *frame of government* basato sulla separazione dei poteri.

A livello giurisprudenziale, lo sviluppo della *political question doctrine* corre dal caso *Luther v. Borden*⁴⁵⁵, sino ad approdare alla conformazione delineata nel caso *Baker v. Carr*⁴⁵⁶.

Nella prima controversia, la Corte Suprema operò un ragionamento che la portò a ritenere come una Corte federale non potesse autonomamente decidere quale governo statale fosse legittimamente in carica, competenza, invece, ritenuta propria del Congresso in forza della c.d. *Guarantee Clause* di cui all'art. IV, *section 4*, della Costituzione⁴⁵⁷: che il Congresso possedesse tale potere risultava confermativo del fatto che esulasse dall'alveo di quelli propri del potere giudiziario.

Vale la pena osservare che il caso *Luther* è frequentemente citato per giustificare l'argomentazione secondo cui vi sarebbero alcune controversie

⁴⁵⁴ V., in tal senso, M.H. REDISH, *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1033 e, in particolare, pp. 1059-1060: «Once we make the initial assumption that judicial review plays a legitimate role in a constitutional democracy, we must abandon the political question doctrine, in all its manifestations».

⁴⁵⁵ Cfr. nt. 84. Nel risolvere tale vertenza, la Corte ha dovuto affrontare principalmente due questioni: se una Corte federale possa autonomamente determinare quale fra due governi fosse il 'vero' governo (in specie, in seguito a una presa di posizione contraria al governo in carica nello Stato del Rhode Island da parte dei cittadini ivi residenti); se il governo in carica in forza della carta costituzionale, proclamando la legge marziale, avesse agito illegittimamente, in particolare contravvenendo alla c.d. *Guarantee Clause* di cui all'art. IV, *section 4*, U.S. Constitution. In dottrina, J.S. SCHUCHMAN, *The Political Background of the Political-Question Doctrine: The Judges and the Dorr War*, in *American Journal of Legal History*, 16, 1972, p. 111 ss.

⁴⁵⁶ Cfr. nt. 85.

⁴⁵⁷ «The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence».

nelle quali il potere giudiziario dovrebbe esimersi dal pronunciarsi e, di conseguenza, per supportare il contrasto tra *judicial review of legislation* e *political question doctrine*; ma in realtà, questa conclusione non è del tutto corretta: a livello processuale, infatti, la Corte Suprema si è pronunciata nel senso di non riscontrare alcuna legge da applicare e il *plaintiff*, per conseguenza, non ha avuto soddisfazione. Una volta che la Corte ha ritenuto di non avere il potere di decidere, si è trattato di un chiaro atto di interpretazione costituzionale.

Nella seconda controversia – *Baker v. Carr* –, discutendosi di *apportionment* di distretti elettorali⁴⁵⁸ la Corte ebbe a rigettare l'idea di *political question* espressa in un proprio precedente, laddove la *majority opinion* espressa da Justice Brennan affermò che «the doctrin of which we treat is one of ‘political questions’, not one of ‘political cases’. The courts cannot reject as ‘no lawsuit’ a bona fide controversy as to whether some action denominated “political” exceeds constitutional authority»⁴⁵⁹. È qui che vengono delineate le caratteristiche che devono sussistere per qualificare un caso come *political*:

«(1) a textually demonstrable constitutional commitment to a coordinate political department; (2) a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; (3) the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; (4) the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; (5) an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; (6) the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question».

⁴⁵⁸ «Only from the perspective of the political question doctrine is it possible to speak of *Baker v. Carr* as “another” apportionment case. *Baker* is, of course, the Supreme Court’s landmark reapportionment case, the initial decision in a long series of cases in which the Court effectively restructured most of the nation’s legislatures»: così L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 371, *sub* nt. 32.

⁴⁵⁹ Cfr. nt. 85.

Molte controversie portate successivamente all'attenzione della Corte Suprema hanno visto l'applicazione dei precetti contenuti nel caso *Baker*, dichiarando che la controversia fosse *nonjusticiable* perché 'politica', ossia la cui decisione dovesse spettare a un diverso potere dell'ordinamento rispetto a quello giudiziario.

Va comunque precisato che la Corte non ha mai ritenuto di dettagliare il peso di ciascuna delle diverse caratteristiche sopra descritte per l'identificazione di una *political question*, dimostrando così che esse rappresentano un'elencazione non esclusiva di fattori utili a determinare se il potere giudiziario possa pronunciarsi nel particolare caso sottoposto al suo esame⁴⁶⁰. La Corte, soprattutto, non ha poi mancato di sottolineare quanto affermato sin dal caso *Marbury*, e cioè che l'interpretazione del testo costituzionale spetti al potere giudiziario.

È pur vero, tuttavia, che in un ordinamento basato sulla separazione dei poteri esistono – a prescindere dalle statuizioni della Corte da ultimo riportate – anche differenti sfere di discrezionalità: ne sono alcuni esempi il potere di veto presidenziale, nonché la competenza legislativa in capo al Congresso. Eppure, quel che deve essere sottolineato è il fatto che la portata costituzionale della *political question doctrine* rende compatibile un esercizio 'accentrato' di *judicial review* in capo alla Corte Suprema.

Ciò è dovuto al fatto che è la stessa Costituzione a dotare la Corte di uno strumento per determinare se decidere la questione sottoposta al suo scrutinio, ovvero demandare la decisione ad altro potere; a tal fine, essa deve fare riferimento alle consuete tecniche ermeneutiche, quali ad esempio la valutazione in merito alla portata *self-executing* della disposizione

⁴⁶⁰ Si possono leggere, fra i tanti esempi di applicazione dei principi contenuti nel caso *Baker*, Supreme Court of the United States, *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969); Supreme Court of the United States, *O'Brien v. Brown*, 409 U.S. 1 (1972); Supreme Court of the United States, *Holtzman v. Schlesinger*, 414 U.S. 1304 (1973); Supreme Court of the United States, *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973); Supreme Court of the United States, *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990); Supreme Court of the United States, *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

costituzionale, la dimostrazione di un espresso riferimento in Costituzione ai poteri politici per la decisione del caso, o anche, nel caso di ambiguità del testo costituzionale, la possibile considerazione del portato storico.

Questo meccanismo risulta del tutto compatibile con l'architettura costituzionale statunitense: non è la Corte Suprema ad ergersi al di sopra degli altri attori istituzionali, ma è la Costituzione che si pone nella posizione di primazia. La Corte diviene arbitro del significato della singola disposizione costituzionale non tanto perché ritenuta qualitativamente superiore, ma unicamente perché, in una dinamica strettamente processuale di risoluzione di *constitutional issues*, è l'ultimo potere che si pronuncia nell'ambito di un *case* sottoposto alla sua attenzione: «It is peculiarly the province of the judiciary to say what the law is, not because of a juristic monopoly by the courts but because there can be no enforcement of the law without judicial involvement and the court's view of the law will govern the enforcement process»⁴⁶¹.

Quel che pare importante sottolineare è la circostanza per cui, nel dialogo tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato cui si è fatto cenno in precedenza, non è necessario postulare l'esistenza di parti della Costituzione dalle quali la Corte Suprema deve ritirarsi: l'esistenza di una *political question doctrine*, in altre parole, non pregiudica la fondamentale funzione di *judicial review* demandata alla Corte Suprema.

Riconoscere che taluni ambiti siano riservati da una determinata previsione costituzionale all'azione del Congresso o dell'esecutivo non comporta una recessione del ruolo di garante privilegiato di costituzionalità della Corte. La *constitutional interpretation* propria del potere giudiziario di vertice permane e, anzi, ne esce in tal senso rafforzata. La Corte Suprema mantiene pur sempre un controllo allocativo costituzionalmente imposto sul *range* di azione dei diversi poteri ordinamentali, ovvero sia il potere di determinare se una particolare azione congressuale o esecutiva – così esercitata per espressa

⁴⁶¹ Così W. MCCORMACK, *The Political Question Doctrine—Jurisprudentially*, cit., p. 805.

‘riserva d’azione’ indicata in Costituzione – venga esercitata entro i termini di un fondamento costituzionale, o se ne oltrepassi invece i confini.

Compito del potere giudiziario è così quello di valutare, anzitutto, le previsioni costituzionali che le parti in causa vorrebbero addurre in giudizio quale fondamento per la tutela dei propri diritti; di qui, considerare se esse conducano al porre il potere giudiziario nel ruolo di garante dell’operazione ermeneutica di tali diritti costituzionalmente tutelati (*rectius*, tutelabili).

Per fare ciò, come visto, il potere giudiziario deve prima di tutto ricostruire i confini del testo costituzionale rilevante nel caso in decisione, per poi tentare di identificare le ragioni per le quali la specifica previsione citata dalle parti in causa a fondamento della propria pretesa possa servire all’interno della cornice della Costituzione considerata nel suo complesso.

La Corte Suprema, in tal senso, riterrà di dover dare rilievo al fatto che, all’interno della singola disposizione invocata, vi sia o meno il formale riconoscimento di uno specifico garante della stessa in un’autorità diversa dal potere giudiziario; se ciò avviene, la Corte dovrà tenere a mente la possibilità di interpretazioni conflittuali sul medesimo disposto della carta costituzionale, posta la possibile e parallela coesistenza di una rimedialità tanto giudiziaria, quanto politica.

4. (SEGUE) LA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE* NELLE CORTI INFERIORI: OVVERO, UN DIFETTO DI GIURISDIZIONE ‘INCOSTITUZIONALE’

La compatibilità della *political question doctrine* con i meccanismi di *judicial review of legislation* e la conseguente valorizzazione dell’accentramento del controllo di costituzionalità in capo alla Corte Suprema sono ancora più evidenti se si volge lo sguardo allo sviluppo che questa dottrina ha avuto nelle Corti inferiori.

Negli ultimi anni si è assistito a un elevato numero di decisioni rese da *Courts of Appeals* che hanno fatto un’applicazione del tutto incoerente dei principi riassunti nel paragrafo precedente. Questa circostanza evidenzia ancora una volta il ruolo privilegiato svolto dalla Corte Suprema nell’interpretazione

della Costituzione, posto che solamente questa sembra configurarsi come *constitutionally oriented* e così in grado di permeare di sé stessa (nonché di vincolare) l'intero ordinamento giuridico.

Nello specifico, si fa parola di pronunce che contraddirebbero l'idea di *nonjusticiability*: se quest'ultima caratteristica, per essere coerente con l'art. III della Costituzione, deve essere sostanzialmente aderente ad una (auto)limitazione 'costituzionalmente orientata' e dettata dal rispetto del principio di separazione dei poteri, non sembra essere questo il caso delle *political questions* riscontrate nelle Corti diverse da quella di vertice dell'ordinamento federale.

La problematica riguarda principalmente alcuni casi in cui a venire in rilievo è l'esercizio di attività 'politiche' da parte di soggetti a vario titolo coinvolti nell'amministrazione della sicurezza nazionale o in attività militari, per i quali le Corti hanno dovuto interpretare il portato di 'giustiziabilità' di decisioni (giuridicamente *nonconclusive*) assunte nell'esercizio delle funzioni.

Un esempio emblematico può essere portato dal caso *Schneider v. Kissinger*, deciso dalla *U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit*⁴⁶² e riguardante alcune decisioni prese dall'ex Segretario di Stato Henry Kissinger durante il suo servizio quale *National Security Advisor* del Presidente Nixon: i ricorrenti – figli del generale cilen Rene Schneider – gli contestarono un coinvolgimento diretto nell'omicidio del padre. Ricorrendo alle sei caratteristiche enucleate nel caso *Baker*⁴⁶³, la *Court of Appeals* rilevò che «this case raises political question committed to the political branches and therefore is beyond the jurisdiction of the courts».

La decisione porta alla luce una sottile distinzione: da un lato, esistono dei casi nei quali le Corti possono essere (legittimamente) limitate nella decisione grazie all'applicazione della *political question doctrine*; dall'altro, vi sono

⁴⁶² 412 F.3d 190 (D.C. Cir. 2005). Cfr., per ulteriori esempi, la brillante analisi svolta da J. HARRISON, *The Political Question Doctrines*, cit., pp. 514-517, il quale richiama in particolare *Carmichael v. Kellogg Brown & Root Services, Inc.*, 572 F.3d 1271 (11th Cir. 2009) e *Spectrum Stores, Inc. v. Citgo Petroleum Corp.*, 632 F.3d 938 (5th Cir. 2011).

⁴⁶³ Cfr. cap. IV, § 3 e 4.

invece delle circostanze in cui a venire in rilievo è la semplice applicazione della legge a dei fatti posti in essere da alcuni soggetti facenti parte di un *branch of government*. In quest'ultimo caso, un eventuale *self-restraint* decisionale rischia allora di essere applicato a dei casi che non presentano la caratteristica di *judicial finality*:

«instead of looking for indicia that a political actor has been given authority to apply law to fact conclusively ... the doctrine operates when the political branches have their usual relationship with the law»⁴⁶⁴.

È evidente che un'impostazione del genere risulta incoerente con i principi enucleati dal caso *Baker*; anche volendosi riconoscere che gli *executive officials* siano dotati di una *qualified immunity* per la responsabilità da atti non manifestamente illegittimi⁴⁶⁵, ciò non consente di esorbitare dal fatto che esistono determinate regole giuridiche in grado di porre dei limiti alla discrezionalità operativa di tali ufficiali. Come a dire: qualora questi ultimi agiscano al di là dei precetti legali che disciplinano la propria condotta, porre un limite alla 'giustiziabilità' di queste fattispecie significa, per una Corte, declinare (illegittimamente) la propria giurisdizione, ponendosi dunque in aperto contrasto con l'art. III della Costituzione.

Le Corti inferiori, tuttavia, hanno talvolta posto la *political question doctrine* come limite decisionale esattamente nel senso da ultimo evidenziato, così contravvenendo al dovere di applicare un precetto giuridico ad una condotta ritenuta illegittima. In tal modo, la distorsione della dottrina assume duplice veste: oltre al contrasto con il dispositivo costituzionale inerente alle competenze del potere giudiziario, non applicando le norme giuridiche approvate dal Congresso le Corti inferiori disattendono esattamente quel

⁴⁶⁴ J. HARRISON, *The Political Question Doctrines*, cit., p. 518.

⁴⁶⁵ Cfr., in tal senso, Supreme Court of the United States, *Scheuer v. Rhodes*, 416 U.S. 232 (1973).

principio di separazione dei poteri che assumono a fondamento della *nonjusticiability* del caso⁴⁶⁶.

Questa possibile differente applicazione della *doctrine* da parte della Corti inferiori è allora in grado di mostrare la diversa configurazione ‘di sistema’ del potere giudiziario nell’ordinamento statunitense, e in particolare il diverso atteggiarsi della *adjudication in constitutional issues*.

A prescindere dalle diverse competenze attribuite alle varie Corti, è evidente la diversità di relazioni che si instaurano con i poteri esecutivo e legislativo; circostanza, questa, che diviene comprensibile solamente attribuendo alla Corte Suprema una maggiore capacità decisionale su quelle che sono le *constitutional issues* fondanti l’ordinamento giuridico statunitense – una Costituzione scritta delineante un *frame of government* basato sulla separazione dei poteri.

Le Corti inferiori, invero, sembrano orientate da una tendenziale deferenza nell’applicazione dei precetti costituzionali per come interpretati dalla Corte Suprema, piuttosto che da un’analisi autonoma degli stessi. Tale circostanza non può giustificarsi solamente con il rimando alla *stare decisis doctrine*⁴⁶⁷, ma solamente attribuendo alle valutazioni della Corte Suprema un’efficacia di costituzionalità *erga omnes*.

Di conseguenza, grazie a un’analisi ‘multilivello’ dell’applicazione della *political question doctrine*, il grado di accentramento istituzionale⁴⁶⁸ della giustizia costituzionale statunitense trova una quadra anche in quello processuale: per come la Corte Suprema l’ha sviluppata, la dottrina fornisce dei limiti ‘costituzionalmente orientati’ all’intervento giudiziale, limiti che

⁴⁶⁶ Nel caso *Schneider* sopra citato, ad esempio, si è sostenuto che la *political question doctrine* privasse di giurisdizione la Corte dal momento che dovrebbe essere protetta dall’intervento giudiziale la discrezionalità esecutiva di agenti coinvolti in attività sensibili di politica estera. Non decidendo nel merito, tuttavia, la Corte stessa non poteva essere nella posizione di decidere se ci fosse stato un esercizio legittimo di questa discrezionalità esecutiva, né ha dato effettiva deferenza alle dinamiche ‘politiche’ disciplinanti ciò che può effettivamente riguardare gli ambiti ‘politici’ di *foreign policy*.

⁴⁶⁷ Cfr. cap. IV, § 1 e 2.

⁴⁶⁸ Cfr. cap. III, in particolare § 3 e 4.

però non si possono porre in contrasto con l'art. III della Costituzione; essa, in sostanza, riflette la visione della natura e dei limiti costituzionali dell'intervento del potere giudiziario, e non tanto le basi per un riparto (discrezionale) di giurisdizione⁴⁶⁹.

In questo contesto, la Corte Suprema si erge ad effettivo interprete di ciò che la Costituzione rappresenta: non solo nelle dinamiche infrapoteri, ma anche nell'esercizio della concreta attività giurisdizionale, manifestandosi a pieno quel ruolo di 'riconduzione all'unità' che solo l'esistenza di un sistema di giustizia costituzionale dai tratti accentrati sembra poter assicurare.

5. RELAZIONI TRA CORTI NEL *JUDICIARY* STATUNITENSE: DUALISMO GIURISDIZIONALE...

I meccanismi processuali in grado di mostrare l'accentramento del sistema di giustizia costituzionale statunitense sono evidenti anche nelle relazioni sussistenti tra i diversi livelli del *judiciary* statunitense.

Parlare dell'organizzazione del potere giudiziario negli Stati Uniti d'America significa analizzare una moltitudine di sistemi differenti – quelli degli Stati membri, di Washington D.C., nonché quello federale – organizzati attraverso una logica di dualismo giurisdizionale⁴⁷⁰, con al vertice del sistema la Corte Suprema. Questa organizzazione duale non deriva da una precisa imposizione costituzionale, dato che l'art. III fa riferimento al potere giudiziario generalmente considerato⁴⁷¹; per una sua comprensione, inoltre, non va dimenticato che al momento dell'entrata in vigore della Costituzione gli originari Stati membri erano già dotati al proprio interno di un'organizzazione

⁴⁶⁹ «John Marshall said that no political question could be made in his court, not that his tribunal could not decide any case involving a political question»: J. HARRISON, *The Political Question Doctrines*, cit., p. 528.

⁴⁷⁰ Il che si traduce nel fatto che il potere giudiziario è composto di due livelli – quello statale e quello federale – formalmente indipendenti l'uno dall'altro.

⁴⁷¹ Art. III, *section* 1, U.S. Constitution: «The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish».

politico-amministrativa, nonché di una gerarchia giudiziale ben definita.

Il potere giudiziario statunitense trovò un'organica sistemazione negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione per il tramite del *Judiciary Act* del 1789⁴⁷², nel quale venne stabilita l'esistenza di due livelli di Corti federali inferiori alla Corte Suprema: le *District Courts* e le *Circuit Courts*; queste ultime vennero meno a far data dal 1891, quando furono sostituite dalle *Circuit Court of Appeals* nel ruolo di giudici d'appello⁴⁷³.

Al fianco di questa gerarchia tripartita e grazie alla prerogativa costituzionale sua propria, il Congresso ha nel tempo creato ulteriori organismi giudiziari, come ad esempio le *District Courts* di Guam, Virgin Islands e Northern Mariana Islands, nonché alcuni tribunali aventi giurisdizione sull'intero ordinamento federale in base ad una competenza per materia – *U.S. Tax Courts*, *U.S. Court of Federal Claims*, *U.S. Court of Appeals for Veteran Claims*, *U.S. Court of International Trade*, *Foreign Intelligence Surveillance Court*.

Nell'organizzazione tipica del *federal judiciary*, dunque, le controversie vengono discusse in prima istanza dalle *District Courts*, le cui decisioni possono essere impugnate per questioni di diritto dinanzi alle *Courts of Appeals* del circuito territoriale entro cui ricadono⁴⁷⁴; in via ulteriore, viene poi data la possibilità di ricorrere alla Corte Suprema quale giudice di ultima istanza, per tutti quei casi nei quali la stessa sia dotata di *appellate jurisdiction*⁴⁷⁵. La precisa gerarchia del potere giudiziario statale, invece, viene di volta in volta disciplinata dalle singole Costituzioni degli Stati membri, di modo che non può dirsi esistente un circuito decisionale

⁴⁷² Judiciary Act of 1789, ch. 20, 1 Stat. 73.

⁴⁷³ Judiciary Act of 1891, 26 Stat. 826.

⁴⁷⁴ Si contano un totale di 94 distretti e 13 circuiti – 12 circuiti regionali e la *Court of Appeals for the Federal District Court* – suddivisi tra i 50 Stati membri e il District of Columbia.

⁴⁷⁵ Cfr. Art. III, section 2, U.S. Constitution.

standardizzato⁴⁷⁶.

Uno dei principi su cui si fonda il dualismo richiamato è quello dell'indipendenza tra giurisdizione federale e giurisdizione statale; questa indipendenza viene però attenuata, come si vedrà, da alcuni meccanismi processuali propri dell'ordinamento statunitense, i quali mostrano l'esistenza di molte interconnessioni tra i due livelli del *judiciary*. Da un lato – con riferimento ai rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario –, ciò è consentito dalla ripartizione di competenze legislative tra federazione e Stati membri⁴⁷⁷, non rispecchiata da una sempre parallela divisione nell'allocazione delle competenze decisionali del potere giudiziario; dall'altro lato, ciò avviene a causa dell'esistenza di una Costituzione scritta quale *supreme law of the land*, circostanza che pone in rilievo il ruolo ordinatore svolto dalla Corte Suprema, deputata a garantirne l'uniformità di attuazione.

La prima correlazione tra i diversi livelli del *judiciary* statunitense si vede nel fatto che le Corti statali, nel risolvere un determinato caso, sono tenute ad applicare sia il diritto del singolo Stato, sia il diritto federale, applicando a

⁴⁷⁶ Per quanto, in via di approssimazione, si può dire che il potere giudiziario statale replichi i tre gradi di giudizio di quello federale: i) un primo grado costituito dalle *Trial Courts* (variamente denominate *District Courts*, *Circuit Courts*, o anche *Superior Courts*); ii) un secondo grado con le *Intermediate Appellate Courts*: va precisato che cinque Stati sono dotati di due tribunali che decidono in grado di appello (Alabama, Indiana, New York, Pennsylvania e Tennessee), undici Stati e il District of Columbia non prevedono alcuna Corte 'intermedia' (Delaware, Maine, Montana, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia e Wyoming), mentre i rimanenti Stati prevedono l'esistenza di una Corte di secondo grado; iii) un Tribunale di vertice (*Court of Appeals* negli Stati di New York, Maryland e nel District of Columbia; *Supreme Judicial Court* negli Stati di Maine e Massachusetts; *Supreme Court of Appeals* nel West Virginia; *State Supreme Court* negli altri Stati) quale giudice di ultima istanza. V. W.L. MARTINEK, *American Judicial Process. Myth and Reality in Law and Courts*, Routledge, New York, 2016, p. 106 ss.

⁴⁷⁷ Cfr. cap. III, § 1 e 2.

preferenza quest'ultimo nel caso di antinomia⁴⁷⁸. Parimenti, le Corti federali possono trovarsi a decidere delle controversie basate sull'applicazione di diritto statale, essendo in questi casi tenute a conformarsi alla giurisprudenza del tribunale di vertice del singolo Stato⁴⁷⁹.

L'indipendenza dei due livelli giurisdizionali, però, è interrotta soprattutto dal ruolo di raccordo svolto dalla Corte Suprema. Ciò si ravvisa, ad esempio, nel fatto che le decisioni delle Corti Supreme statali possono essere sottoposte allo scrutinio di costituzionalità (*rectius*, della corretta applicazione del diritto federale in senso compatibile alla Costituzione) tramite un'impugnazione proposta dinanzi alla *Supreme Court*. Il primo requisito da soddisfare, a tal fine, è che le vie giurisdizionali di tutela proprie del livello statale siano state previamente esaurite; in secondo luogo, la Corte può pronunciarsi solamente in merito a controversie risolte da Corti statali nelle quali era applicabile (e non è stato applicato) il diritto federale, e la cui corretta applicazione diviene determinante per la risoluzione del caso.

In queste ipotesi, va comunque precisato che l'intervento della Corte suprema è teoricamente limitato dal riscontro di «adequate and independent state grounds», ossia dal fatto che la decisione resa dalla Corte statale riguardasse un caso di applicazione 'indipendente' (dalla considerazione del diritto federale), nonché 'adequata' (cioè di per sé sufficiente a risolvere la specifica

⁴⁷⁸ Cfr. Supreme Court of the United States, *Yellow Freight Sys., Inc. v. Donnelly*, 494 U.S. 820 (1990).

⁴⁷⁹ È il principio affermato nella nota decisione Supreme Court of the United States, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938); si può vedere anche Supreme Court of the United States, *Comm'r v. Estate of Bosch*, 387 U.S. 456 (1967). In dottrina, v. H.J. FRIENDLY, *Federal Jurisdiction: A General View*, Columbia University Press, New York, 1973, p. 142; D.K. SLOVITER, *A Federal Judge Views Diversity Jurisdiction Through the Lens of Federalism*, in *Virginia Law Review*, 76, 1992, p. 1671 ss.; M. DORF, *Prediction and the Rule of Law*, in *UCLA Law Review*, 42, 1995, pp. 661-671; B.R. CLARK, *Ascertaining the Laws of the Several States: Positivism and Judicial Federalism After Erie*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 1997, pp. 1495-1515 e 1535-1539. Per una lettura critica delle conseguenze causate dalla decisione sul caso *Erie*, v. D.P. WOOD, *Back to the Basics of Erie*, in *Lewis & Clark Law Review*, 18, 2014, p. 673 ss.

controversia), del diritto statale⁴⁸⁰.

L'accentramento 'pratico' dello scrutinio di costituzionalità descritto è però visibile in ciò: in molte occasioni, le Corti statali non specificano nelle loro pronunce in merito all'applicazione di diritto federale, statale, o di entrambi. Questa imprecisione crea allora un potenziale dilemma circa la possibilità, per la Corte Suprema, di revisionare il caso, dato che un giudizio su 'indipendenza' e 'adeguatezza' del diritto statale applicato risulta impraticabile; quel che merita essere sottolineato è il fatto che la Corte ha allora implementato una 'presunzione di accentramento': se il giudice statale intende evitare una revisione della sua decisione a causa dell'(in)applicazione del diritto federale, questa circostanza deve risultare chiaramente; in caso contrario, ne viene presunta l'inesistenza di «adequate and independent state grounds» e di conseguenza affermata la competenza della Corte Suprema a dirimere la questione.

6. (SEGUE) ...E 'CERTIFICAZIONE' DELL'UNIFORMITÀ COSTITUZIONALE

La possibilità (e discrezionalità) di intervento della Corte Suprema nelle relazioni con un diverso organo giudiziario è ancora più evidente nel caso della *certified question jurisdiction*⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Per lo sviluppo di tale dottrina, cfr. Supreme Court of the United States, *Fox Film Corp. v. Muller*, 296 U.S. 207 (1935); Supreme Court of the United States, *Staub v. City of Baxley*, 355 U.S. 313 (1958); Supreme Court of the United States, *Hortonville Joint School District No. 1 v. Hortonville Education Ass'n*, 426 U.S. 482 (1976); Supreme Court of the United States, *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983); Supreme Court of the United States, *Felder v. Casey*, 487 U.S. 131 (1988). V. C.L. FOUNTAINE, *Article III and the adequate and independent state grounds doctrine*, cit., pp. 1053-1054.

⁴⁸¹ *Ex multis*, v. W. MOORE, A.D. VESTAL, *Present and Potential Role of Certification in Federal Appellate Procedure*, in *Virginia Law Review*, 35, 1949, p. 1 ss. Sul tema si possono leggere anche E. FINLEY, *Certification Revisited*, in *Law Library Journal*, 54, 2, 1961, p. 131 ss.; P.M. SFIKAS, C.H. HYNDMAN, *Federal Certification of Questions of State Law*, in *Chicago Bar Record*, 65, 4, 1984, p. 204 ss.; I.P. ROBBINS, *Interstate Certification of Questions of Law: A Valuable Process in Need of Reform*, in *Judicature*, 76, 3, 1992, p. 125 ss.

Nel sistema giudiziario statunitense, la *certification* è principalmente disegnata per tentare di ovviare al problema dell'incapacità delle Corti statali di pronunciarsi su questioni di diritto statale che vengono però radicate nel *federal judiciary*. Questa circostanza assume rilievo dal momento che esiste una sostanziale differenza processuale nell'atteggiarsi del *cooperative judicial federalism*: se una Corte statale è chiamata a pronunciarsi su di una questione relativa all'applicazione di diritto federale, la Corte Suprema – come già visto – ha la competenza a decidere (in grado di appello) nel caso di supposta erronea interpretazione dello stesso, in modo tale da assicurarne l'uniforme applicazione; non ugualmente accade nel caso inverso⁴⁸², dato che le *High Courts* statali spesso non sono nella posizione di essere *ultimate interpreters* dell'applicazione del diritto statale.

La *certification*, pertanto, mira ad appianare questa 'asimmetria', dotando le *High Courts* di uno strumento processuale che le ponga nella posizione di rendere un'interpretazione definitiva del diritto statale⁴⁸³.

Il meccanismo pratico nasce però nel *federal judiciary*, ed è dato dal fatto che una Corte federale è spesso chiamata a pronunciarsi su determinate controversie inerenti all'applicazione di diritto statale⁴⁸⁴; in queste situazioni, essa deve teorizzare come la giurisprudenza dello Stato in questione avrebbe deciso il caso. Per evitare eventuali errori, la maggior parte delle *High Courts* statali offre allora alle Corti federali l'opportunità di 'certificare' la valutazione posta in essere: «The state high court returns to the certifying court answers to the certified questions. With the issues of state law resolved, the certifying federal court presumably is then able to render judgment in the

⁴⁸² Ossia, nel caso di applicazione del diritto statale da parte di una Corte federale.

⁴⁸³ V. A. LEBEL, *Legal Positivism and Federalism: The Certification Experience*, in *Georgia Law Review*, 19, 1985, p. 999 ss.; C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, E.H. COOPER, V.D. AMAR, *Federal Practice and Procedure*, 3rd ed., Thomson West, Eagan, 2007, pp. 167-168.

⁴⁸⁴ Per un'approfondita *overview* della procedura, v. J.R. NASH, *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, in *Cornell Law Review*, 88, 2003, pp. 1690-1696.

case in accordance with properly interpreted state law»⁴⁸⁵.

Attraverso la *certification*, dunque, è chiaramente supportato il federalismo giudiziario statunitense⁴⁸⁶, posto che viene garantita l'applicazione uniforme del diritto statale da parte delle Corti federali e, al contempo, queste ultime non devono confrontarsi con il difficile compito di sostituirsi all'esegesi del diritto statale operato dalle Corti degli Stati membri⁴⁸⁷.

A livello giurisprudenziale, uno dei primi casi in cui la *certification* venne usata in senso affermativo nella relazione tra Corti federali e Corti statali è stato *Clay v. Sun Insurance Office Ltd.*⁴⁸⁸, dove a venire in evidenza fu una *federal constitutional question* relativa all'applicazione di una normativa dello Stato della Florida in grado di influire sul *due process*. La Corte Suprema obiettò alla Corte federale inferiore (*Fifth Circuit*) di aver deciso in merito a tale questione senza previamente considerare la portata applicativa della stessa a livello statale⁴⁸⁹, invitandola quindi a consentire una procedura di *certification* indirizzata alla *Florida Supreme Court*⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 1674. Supponendo che la *certification* sia un'opzione 'processualmente' disponibile, una o più parti possono richiedere che una Corte federale la invochi, quando questa non ritenga di agire d'ufficio. In entrambi i casi, è importante sottolineare che la Corte ha la parola finale in merito alla decisione se utilizzare o meno il meccanismo.

⁴⁸⁶ Cfr. Supreme Court of the United States, *Lehman Bros. v. Schein*, 416 U.S. 386 (1974): «[certification] does, of course, in the long run save time, energy, and resources and helps build a cooperative judicial federalism». V. B.A. HARDY, *Certification Before Facial Invalidation: A Return to Federalism*, in *Western New England Law Review*, 12, 1990, pp. 221-222; J. GOLDSCHMIDT, *Certification of Questions of Law: Federalism in Practice*, American Judicature Society, Chicago, 1995, p. 66. Contra, però, B.M. SELYA, *Certified Madness: Ask a Silly Question...*, in *Suffolk University Law Review*, 29, 1995, p. 690.

⁴⁸⁷ B.R. CLARK, *Ascertaining the Laws of the Several States: Positivism and Judicial Federalism After Erie*, cit., pp. 1553-1554; J.R. NASH, *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, cit., p. 1697.

⁴⁸⁸ Supreme Court of the United States, 363 U.S. 207 (1960).

⁴⁸⁹ *Sun Ins. Office Ltd. v. Clay*, 265 F.2d 522 (5th Cir. 1959).

⁴⁹⁰ Negli anni successivi, l'applicazione o meno del meccanismo di *certification* venne considerato in diversi altri casi: si vedano, ad esempio, Supreme Court of the United States, *Dresner v. City of Tallahassee*, 375 U.S. 136 (1963); Supreme Court of the United States,

Sotto un profilo più marcatamente normativo, invece, è utile osservare che il primo atto riguardante il meccanismo processuale di ‘certificazione’ non ha riguardo alla relazione tra Corti federali e statali, bensì tra Corti appartenenti al *federal judiciary*. La disciplina risale addirittura al 1802, laddove venne prevista la possibilità per le *Circuit Courts* di ‘certificare’ questioni alla Corte Suprema, la quale venne dotata della competenza a «finally decide ... any question ... before a circuit court, upon which the opinions of the judges shall be opposed»⁴⁹¹.

Questa peculiarità assume importanza perché la procedura di *certification* è stata per lungo tempo anche l’unico metodo espressamente previsto affinché molte controversie potessero giungere alla decisione della Corte Suprema, dato che fino al 1889 quest’ultima poteva revisionare in grado di appello sostanzialmente solo *criminal cases*⁴⁹².

Occorre considerare, del resto, che il più comune metodo attraverso cui una controversia può essere portata all’attenzione della Corte Suprema non è tanto l’appello diretto di una precedente decisione, quanto una richiesta di *certification* attraverso il c.d. *writ of certiorari*, la cui disciplina – nella sostanza immutata sin dal 1925⁴⁹³ – espressamente ora prevede che:

«cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court ... by certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or

Aldrich v. Aldrich, 375 U.S. 75 (1963); Supreme Court of the United States, *Green v. American Tobacco Co.*, 377 U.S. 943 (1964).

⁴⁹¹ Act. of Apr. 29, 1802, ch. 31, § 6, 2 Stat. 156.

⁴⁹² Supreme Court of the United States, *United States v. Rider*, 163 U.S. 132 (1896): «As to criminal cases a certificate of division was the only mode in which alleged errors could be reviewed»; con riferimento ai *civil cases*, «[the Court’s] appellate jurisdiction was limited by the sum or value of the matter in dispute; but the jurisdiction on certificate was not dependent thereon».

⁴⁹³ Cfr. C.A. WRIGHT, A.R. MILLER, E.H. COOPER, V.D. AMAR, *Federal Practice and Procedure*, cit., § 4038.

*require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy»*⁴⁹⁴.

Questo secondo atteggiarsi della *certification of questions* nella forma di ‘certificazione’ rivolta alla Corte Suprema ha certamente mostrato nel corso del tempo un’utilità pratica, pur mostrando via via una perdita di rilevanza: secondo una dettagliata analisi, ad esempio, nel decennio 1927-1936 le *Courts of Appeals* hanno inviato settantadue ‘certificazioni’; nel decennio 1937-1946 i casi scesero a venti; nei circa cinquant’anni successivi al 1946, invece, «the Court has accepted only four certificates»⁴⁹⁵.

La diminuzione da ultima evidenziata è stata spiegata focalizzando l’attenzione su di una presunta concezione ‘utilitaristica’ della Corte Suprema⁴⁹⁶, oppure per il tramite del riferimento alla Corte come *policy-determining body*⁴⁹⁷.

Tuttavia, queste considerazioni non sembrano focalizzarsi sull’elemento determinante in grado di descrivere il ruolo della Corte Suprema nell’ordinamento statunitense: il fatto che alla Corte venga chiesta una ‘certificazione’ del diritto (federale) applicabile dimostra che in essa si identifica l’organo giudiziario in grado di uniformare giuridicamente l’ordinamento in senso compatibile alla Costituzione; in altre parole, posto che la Costituzione è *supreme law of the land* e che il diritto federale deve essere ad essa compatibile in virtù della *Supremacy Clause*, ‘certificare’ il diritto federale vuol dire richiedere quella che, di fatto, è un’interpretazione ‘costituzionalmente orientata’, così mostrandosi implicitamente un’adesione

⁴⁹⁴ Art. 28, U.S. Code § 1254(2).

⁴⁹⁵ E.A. HARTNETT, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges’ Bill*, in *Columbia Law Review*, 100, 2000, pp. 1710-1712.

⁴⁹⁶ F. FRANKFURTER, J.M. LANDIS, *The Business of the Supreme Court at October Term, 1929*, in *Harvard Law Review*, 44, 1931, p. 36: «the Supreme Court is hostile to a procedure by which the Court may be called upon to make rulings without the benefit of a decision below».

⁴⁹⁷ Cfr. cap. III, § 3. V. W. MOORE, A.D. VESTAL, *Present and Potential Role of Certification in Federal Appellate Procedure*, cit., pp. 23 e 42.

processuale alla centralità giurisdizionale.

Da un lato, la *certification of question* si inserisce in un percorso che corre da diritto federale a diritto statale *and back again*. Ciò, per ovviare alla circostanza per cui le Corti di vertice degli Stati membri, in caso contrario, rischierebbero di non essere *final interpreters* del proprio livello normativo al pari della Corte Suprema in quello della federazione. Dall'altro, essa pone in evidenza la discrezionalità e l'accentramento decisionale (*rectius*, costituzionale) della Corte Suprema in merito all'analisi di questioni rientranti nel circuito del *federal judiciary*.

L'esistenza di un sistema federale è quel che rende possibile il continuo e reciproco interscambio giudiziale dell'ordinamento statunitense: la *certification*, in particolare, consente che un organo decisionale possa ricorrere all'aiuto di un altro per risolvere un caso, al contempo assicurando al secondo l'opportunità di applicare il proprio *rule of law*.

Queste dinamiche processuali disvelano dunque un atteggiamento di fondo, rappresentato dall'identificazione di un organo giudiziario – la Corte Suprema – capace di dare equilibrio al sistema costituzionale. Nella relazione Stati-federazione, l'interscambio giudiziale rivela come il punto di riferimento sia il tentativo di dare alle Corti di vertice statali lo stesso grado di *finalismo interpretativo* che la Corte Suprema assume all'interno del *federal judiciary*; allo stesso modo, nelle relazioni tra organi giudiziari federali si rivela la medesima adesione ad un *final interpretivism* in capo alla Corte stessa, dal momento che una decisione resa da una Corte federale può essere appellata dinanzi alla Corte Suprema e che la prima può, tramite *writ of certiorari*, 'certificare' alla seconda una questione.

In questo senso, è allora evidente che anche le dinamiche processuali dimostrano la medesima logica di accentrimento 'di sistema' propria di quelle istituzionali, posto che la Corte Suprema emerge come autorità giurisdizionale capace di rendere la *final interpretation in constitutional issues*. L'interpretazione resa dalla Corte è invero necessariamente costituzionale: solamente considerando che l'omogeneità applicativa del diritto federale deriva dalla subordinazione di questo alla Costituzione come

supreme law of the land, si riesce infatti a comprendere il ruolo ‘costituzionale’ svolto dalla Corte Suprema e il conseguente (per quanto indiretto) accentramento del sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d’America.

CAPITOLO V

«LEGAL ENTANGLEMENTS BETWEEN TIME AND SPACE».

L'ACCENTRAMENTO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE STATUNITENSE ATTRAVERSO *IMPERIAL JUDICIARY* E COSTITUZIONALISMO SUDAMERICANO

SOMMARIO:

1. Modelli esemplari, tradizione giuridica e imitazione del modello statunitense: tra circolazione ed elementi di classificazione. – 2. *Common* o *Supreme Law of the Land*? La costante garanzia di uniformità di un diritto 'sovraordinato'. – 3. I modelli (esemplari), la storia, le istituzioni: l'attuazione del controllo di costituzionalità in Argentina. – 4. *Corte Suprema de Justicia de la Nación* e processo costituzionale: l'imitazione di una Corte accentrata in un sistema a controllo diffuso. – 5. (segue) *The Final Interpreter of the Constitution*.

1. MODELLI ESEMPLARI, TRADIZIONE GIURIDICA E IMITAZIONE DEL MODELLO STATUNITENSE: TRA CIRCOLAZIONE ED ELEMENTI DI CLASSIFICAZIONE

L'analisi del modello di giustizia costituzionale statunitense svolta nei capitoli che precedono è stata principalmente rivolta alla decostruzione dell'idealtipo classificatorio statunitense attraverso l'esame di dinamiche (istituzionali e processuali) prettamente interne. Si è esaminato, in primo luogo, il corretto posizionamento della *Supreme Court* all'interno dell'ordinamento costituzionale statunitense. Sono stati poi evidenziati i rapporti tra le diverse (legittime e possibili) interpretazioni della Costituzione rese dai molteplici attori istituzionali e, infine, gli strumenti di 'procedura costituzionale', che negli Stati Uniti d'America depongono nel senso di una precisa logica di accentramento del controllo in capo alla Corte Suprema.

L'attività di rilettura della classificazione tradizionale può essere però rafforzata facendo riferimento anche agli effetti 'espansivi' della circolazione giuridica su tale modello esemplare.

Nel momento in cui i meccanismi operativi interni rendono evidente l'accentramento decisionale del modello su questioni di costituzionalità in capo alla Corte Suprema, infatti, è utile considerare se tale 'accentramento' trovi conferma dal riscontro di un analogo funzionamento all'interno di differenti ordinamenti direttamente connessi – da un punto di vista giuridico – a quello degli Stati Uniti d'America.

A tal fine, si dimostra nuovamente valido l'approfondimento di un'analisi diacronica dei presupposti del modello esemplare della giustizia costituzionale statunitense. Ciò, in primo luogo, al fine di considerare la possibilità che un 'accentramento costituzionale' derivi da una tradizione giuridica preesistente; in secondo luogo, risulta fruttuosa l'indagine circa il fatto che la circolazione (*rectius*, imitazione) del modello esemplare (a controllo classificato come diffuso) conduca al riscontro – nell'applicazione del modello imitato nell'ordinamento imitatore – di un sistema di giustizia costituzionale differente (a controllo accentrato).

Il primo versante dell'indagine si confronta necessariamente con la tradizione giuridica inglese di *common law*. In particolare, viene in considerazione il peculiare dualismo istituzionale esistente all'interno del *Commonwealth* e promanante dalle relazioni tra ordinamento giuridico della Madrepatria e ordinamenti giuridici coloniali; dualismo in grado, come si vedrà, di avere un effettivo impatto anche sulle dinamiche decisionali 'centro-periferia' del potere giudiziario⁴⁹⁸.

Il secondo versante, invece, fa riferimento a quel particolare caso di imitazione dell'ordinamento costituzionale statunitense rappresentato dall'Argentina, la cui recezione del *judicial review of legislation* degli Stati Uniti d'America è un caso evidente di quello che rappresenta un esempio di imitazione c.d. per prestigio⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Cfr. *amplius infra*, § 2 di questo capitolo.

⁴⁹⁹ Cfr. *amplius infra*, § 3 e 4 di questo capitolo.

Le ipotesi indicate richiamano necessariamente le problematiche connesse alla circolazione e all'idea di 'movimento' degli istituti giuridici, cui la dottrina comparatista recente – attraverso l'utilizzo di concetti quali, tra i molti, *borrowing*, *cross-fertilization*, *migration*, *transmission*, *reception* – ha dedicato ampio spazio⁵⁰⁰.

Anzitutto, è necessario considerare che la circolazione giuridica implica anche una dimensione spaziale, ossia il 'movimento' del diritto da un luogo a un altro⁵⁰¹: una o più regole, che esistono originariamente all'interno di uno spazio fisico giuridicamente determinato, per una serie di circostanze circolano, divenendo così applicabili all'interno di un ambito spaziale differente rispetto a quello di origine. Attenta dottrina, inoltre, ha posto efficacemente l'accento sull'idea che la circolazione giuridica sia correlata anche a un'altra determinante fondamentale, ossia il tempo: «... a legal transplant can be viewed as a collection of *experiences* that happened in one

⁵⁰⁰ Si veda, su tutti, A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit.. Altresì, cfr. P. LAGRANDE, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997, p. 111 ss.; G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 61, 1998, p. 11 ss.; M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *Yale Law Journal*, 108, 1999, pp. 1225-1228; M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 1999, p. 531 ss.; D. BERKOVITZ, K. PISTOR, J.F. RICHARD, *The Transplant Effect*, in *American Journal of Comparative Law*, 51, 2003, p. 163 ss.; D. NELKEN, *Comparatists and transferability*, in P. LEGRAND, R. MUDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 437 ss.; J. GILLESPIE, *Towards a Discursive Analysis of Legal Transfers into Developing East Asia*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, 40, 2008, pp. 669-673; M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquires in Law*, 10, 2009, p. 693 ss.; G.R. BANDEIRA GALINDO, *Legal Transplants Between Time and Space*, in T. DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2014, p. 129 ss.; M. SIEMS, *Malicious Legal Transplants*, cit., p. 103 ss.

⁵⁰¹ Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit., p. 27; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 11-24.

legal system and are *expected* to be realized in the future in a different legal system»⁵⁰².

Da questo punto di vista, l'evidenza della circolazione del modello di giustizia costituzionale statunitense ben si presta a rafforzare l'analisi in merito alla precisa conformazione delle caratteristiche sue proprie: in altre parole, si tratta di analizzare se il 'movimento' del *judicial review of legislation* nel tempo e nello spazio restituisca quei medesimi caratteri accentrati del controllo che già si sono potuti riscontrare nell'esame dei meccanismi interni svolta nei capitoli precedenti.

A tal fine, assume fondamentale rilievo quello che viene definito il *legitimacy-generating transplant*⁵⁰³: accanto ad altri meccanismi di circolazione giuridica⁵⁰⁴, con tale concetto viene identificata la volontà di imitare un modello di riferimento a causa del prestigio di cui esso è dotato agli occhi del soggetto imitatore⁵⁰⁵.

Applicando questo processo al modello di giustizia costituzionale statunitense, viene anzitutto in rilievo il possibile riscontro dell'accentramento del controllo di un diritto sovraordinato mediante

⁵⁰² G.R. BANDEIRA GALINDO, *Legal Transplants Between Time and Space*, cit. p. 133. L'A. richiama l'analisi svolta in D. NELKEN, *Comparatists and transferability*, cit., p. 437 ss., nonché in R. KOSELLEK, "Space of Experience" and "Horizon of Expectation:" Two Historical Categories, in R. KOSELLEK (ed.), *Futures Past: On the Semantic of Historical Time*, Columbia University Press, New York, 2004, p. 255 ss.

⁵⁰³ J.M. MILLER, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, in *The American Journal of Comparative Law*, 51, 4, 2003, pp. 854-867.

⁵⁰⁴ I quali sono identificati nei *cost-saving transplants*, *externally-dictated transplants*, *entrepreneurial transplants*: *ibidem*, pp. 845-854.

⁵⁰⁵ V., per una critica all'imitazione c.d. 'per prestigio', U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in *International Review of Law & Economics*, 14, 1994, p. 3 ss.: l'A. indica che dietro al velo del 'prestigio' altro non vi sia che il meccanismo di imitazione della regola 'economicamente più efficiente'. V., però, l'idea per certi versi differente espressa in ID., *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, 2003, p. 383 ss., nella quale non vi è questo riferimento all'efficienza economica.

l'imitazione per prestigio di una tradizione giuridica anteriore⁵⁰⁶: «Law can 'belong' not only to other places, but also to the past, to a previous social and economic order, to tradition and to history, as much as to the present»⁵⁰⁷.

Il *continuum* rappresentato dall'applicazione di molte delle caratteristiche proprie del modello preesistente, ossia quello inglese, può essere allora letto in coerenza all'idea di un controllo giurisdizionale (*rectius*, 'costituzionale') accentrato; vengono in rilievo, ad esempio, le dinamiche decisionali del *Judicial Committee of the Privy Council* all'interno dei rapporti tra Madrepatria e Colonie; oppure ancora, il dualismo giurisdizionale proprio dell'*Imperial judiciary*, impostato secondo quello che può essere per certi aspetti un primo abbozzo delle relazioni tra *federal judiciary* e *State judiciary* negli Stati Uniti d'America.

Il modello di giustizia costituzionale statunitense, però, può anche divenire esso stesso *marketable* per prestigio; in questo caso, la variabile tempo trasforma il *judicial review of legislation* in oggetto imitato, anziché imitante: è quanto avvenuto, ad esempio, nell'imitazione di tale modello esemplare da parte dell'ordinamento costituzionale argentino⁵⁰⁸. Senza volersi approfondire le possibili problematiche legate alla stabilità di tale *transplant*⁵⁰⁹, è da osservare il fatto che l'adozione della Costituzione argentina del 1853 si basò quasi interamente su quella degli Stati Uniti

⁵⁰⁶ Con riferimento ai tipi di autorità nel diritto scollegati dall'uso della forza, v. M. WEBER, *Economic and Society*, I, G. ROTH, C. WITTICH (eds.), University of California Press, Berkeley, 1978, p. 215.

⁵⁰⁷ D. NELKEN, *Comparatists and transferability*, cit., p. 451.

⁵⁰⁸ Sull'idea del sistema di giustizia costituzionale argentina come *legitimacy-generating transplant*, V. J.M. MILLER, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, in *American University Law Review*, 46, 1997, p. 1483 ss.

⁵⁰⁹ Problematiche connesse più che altro a dinamiche politico-sociali proprie del Paese sudamericano. Per un'approfondita analisi sul punto si può leggere, ad esempio, J.M. MILLER, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, in *Hasting International & Comparative Law Review*, 77, 1997, pp. 77-81.

d’America: in particolare, per quanto qui interessa, è evidente il costante riferimento operato dalla *Corte Suprema de Justicia de la Nación* delle origini – quale Corte di vertice all’interno di un ordinamento federale basato su di una Costituzione scritta⁵¹⁰ – al modello ‘di prestigio’ rappresentato dalla *Supreme Court* statunitense, adesione ben riassunta nelle seguenti parole della decisione sul caso *de la Torre* del 1877:

«El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares»⁵¹¹.

Oppure, ancora più esplicitamente, in quanto stabilito nel caso *Sojo* del 1887⁵¹², dove la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* negò la propria competenza a decidere su istanze di *habeas corpus* sulla scorta del fatto che questa era l’impostazione accolta nell’ordinamento statunitense sin dalla decisione *Marbury v. Madison*.

Negli anni successivi, i *constitutional cases* decisi dal potere giudiziario argentino sono stati risolti attraverso il costante riferimento al modello statunitense. Non venne solo imitato il meccanismo processuale di *judicial review of legislation*, ma anche, più in generale, le dinamiche poste alla base della dottrina costituzionale degli Stati Uniti d’America. Evidenti sono infatti i costanti riferimenti alla giurisprudenza della *Supreme Court* nelle questioni riguardanti, ad esempio, *political question doctrine*, *advisory opinions*,

⁵¹⁰ Cfr. *amplius infra*, § 3 e 4 di questo capitolo.

⁵¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *de la Torre*, 19 Fallos 231 (1877).

⁵¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sojo*, 32 Fallos 120 (1997). In dottrina, v. M.M.M. HUERTAS, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, pp. 334-335.

oppure la necessità di *cases and controversies* per la giustiziabilità di un diritto⁵¹³.

Il caso argentino, dunque, assume importanza perché mostra un *legitimacy-generated transplant* ‘di sistema’, o ‘costituzionale’. In seguito all’emanazione della Costituzione del 1853 e alla successiva separazione di Buenos Aires dalla Confederazione argentina (1854-1860)⁵¹⁴, i fautori e i detrattori dell’istituzione di un controllo di costituzionalità in capo a una Corte federale vennero ampiamente in discussione; con la modifica costituzionale del 1860 e la riunificazione delle due entità politiche, l’avvicinamento al modello statunitense fu poi più evidente: venne emanata la normativa istitutiva di un potere giudiziario federale, modellato sul *Judiciary Act* del 1789⁵¹⁵. Addirittura, vennero poste in essere una serie di misure volte a rendere più conosciuta la nuova dottrina costituzionale, ad esempio con la promozione nel mondo accademico di tali studi⁵¹⁶.

⁵¹³ V. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baeza c/Nación Argentina*, 306 Fallos 1125 (1984); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis c/Estado Nacional*, 323 Fallos 1339 (2000). Deve comunque essere precisato che non sono assenti delle decisioni che hanno inteso discostarsi esplicitamente da questa totale adesione al modello statunitense: ad esempio, cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cullen*, 53 Fallos 420 (1893).

⁵¹⁴ Circostanza che diede vita a un organismo politico distinto, l’*Estado de Buenos Aires*: cfr. A. LEVAGGI, *La interpretación del derecho en la Argentina en el siglo XIX*, in *Revista de Historia del Derecho*, 7, 1980, p. 23 ss.; D. PÉREZ GUILHOU, *Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857-1858)*, in *Revista de Historia del Derecho*, 10, 1983, p. 147 ss.

⁵¹⁵ Cfr. nt. 472.

⁵¹⁶ V., ad esempio, C. QUIROGA, *Manual del Ciudadano*, Libreria Americana de E. Halbach, Buenos Aires, 1872, p. III: «La República Argentina tomó sus principios fundamentales de la Constitución de los Estados-Unidos, como estos los tomaron á su vez de la Constitución Inglesa que siempre dividió los poderes del gobierno en tres departamentos distintos. ... Los Estados-Unidos nos han dado, pues, una Constitución y una jurisprudencia. Lo que en la nuestra pudiera haberse innovado para adaptarla á la tradición y antecedentes argentinos, no altera en nada la naturaleza del principio». Cfr., sul tema, E. ZIMMERMANN, *Translations of the “American Model” in Nineteenth Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement*, in T. DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History*, cit., pp. 396-403.

Il modello statunitense divenne così un esempio ‘di sistema’: giuridico, costituzionale, sociale, politico e culturale, dal momento che, secondo le *elite* dell’epoca, «Latin traditions and theories can neither support free institutions nor be a firm foundation to build a Republic»⁵¹⁷. All’interno di tale *transplant* di sistema, sta il sistema di giustizia costituzionale; l’analisi di questa imitazione porta però alla luce una contraddizione classificatoria: ciò che viene concretamente imitato, infatti, è un sistema che risulta essere a forti tratti accentrati.

L’analisi delle dinamiche di circolazione del modello di *judicial review of legislation* statunitense permette quindi un approfondimento in merito ai tratti caratterizzanti il modello esemplare di giustizia costituzionale statunitense. Da un lato – precedentemente – la particolare conformazione dell’*Imperial judiciary* e i principi della tradizione giuridica del *common law* inglese; dall’altro – successivamente – il *legal transplant* ‘ordinamentale’ operato dal costituzionalismo argentino.

Nello specifico, come già ampiamente descritto, andrà valutato se l’elemento pertinente per la classificazione di questo non risieda tanto nella diffusione del controllo, bensì nella funzione di garanzia del sistema consentita per il tramite di una Corte di vertice.

2. COMMON O SUPREME LAW OF THE LAND? LA COSTANTE GARANZIA DI UNIFORMITÀ DI UN DIRITTO ‘SOVRAORDINATO’

Come già evidenziato nei capitoli precedenti, una delle peculiarità della Corte Suprema è rappresentata dal fatto di essere sia organo proprio del *judiciary*, sia istituzione in grado di incidere sulle (e di decidere in merito alle) *politics* dell’ordinamento statunitense. Questa funzione viene però svolta entro i confini di una ben definita disciplina processuale, in modo tale che l’attività della Corte risulti compatibile con il testo della Costituzione e con il *frame of government* da essa delineato.

⁵¹⁷ F. GONZÁLEZ, *Introduction*, in F. LIEBER, *La libertad civil y el gobierno propio* (trad. di *On Civil Liberty and Self-Government*), Librería de Rosa y Bouret, Paris, 1871, p. 2.

Il dualismo funzionale appena indicato sembra portare alla luce una possibile contraddizione in termini, posto che la Corte si staglierebbe come istituzione oligarchica in un sistema democratico. Depone in tal senso, ad esempio, l'analisi dei meccanismi di *appointment* dei componenti; oppure ancora, puntando l'attenzione sull'irresponsabilità politica dei giudici stessi nell'esercizio delle proprie funzioni decisionali⁵¹⁸.

Tale rappresentazione della Corte Suprema è, però, se non altro superficiale⁵¹⁹: non va dimenticato che natura e funzioni della stessa rappresentano nient'altro che la *naturale prosecuzione* di alcune manifestazioni del *judiciary* proprie della tradizione giuridica inglese.

Sotto questo profilo, il primo periodo coloniale inglese ben si presta a questa analisi: l'organizzazione di quelle che furono le tredici originarie Colonie, ad esempio, mostra tredici differenti variazioni del medesimo sostrato, non tanto tredici diversi ordinamenti giuridici⁵²⁰.

Con riferimento al *judiciary*, va però osservato che questa somiglianza non fu in grado di replicare fin da subito un'organizzazione unitaria del potere giudiziario, se non altro per il fatto che l'imitazione dell'*english judiciary*, all'epoca, avrebbe voluto dire imitare qualcosa che «had not yet been set to any systematic or orderly pattern»⁵²¹. Il *colonial judiciary* nordamericano, in effetti, venne inizialmente sviluppato in forma estemporanea, con la continua aggiunta di Corti e procedure a seconda delle necessità contingenti e, soprattutto, senza alcuna volontà consapevole di imitare la Madrepatria. A

⁵¹⁸ A. STEWART, *The Irresponsibility of the Judiciary*, in *The American Law Register and Review*, 43, 6, 34, 1895, p. 383 ss.; K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"*, in *California Law Review*, 92, 5, 2004, p. 1441 ss.; K.E. WITTINGTON, *The Reconstruction of Judicial Authority*, in K.E. WITTINGTON, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton University Press, Princeton, 2007, p. 82 ss.

⁵¹⁹ Sulle problematiche collegate all'identificazione della Corte Suprema come *political institution*, si rimanda *amplius* all'analisi condotta in cap. III, § 5.

⁵²⁰ V. F.N. THORPE, *The Constitutional History of the United States. 1765-1895*, I, Callaghan & Company, Chicago, 1901, p. 181.

⁵²¹ Cfr. R. POUND, *Organization of Courts*, Little, Brown and Company, Boston, 1940, p. 5.

favorire questa mancanza di sistematicità, poi, contribuiva una non sempre chiara distinzione tra i poteri sovrani, dato che «the colonial legislatures», ad esempio, «acted as final courts of appeal»⁵²².

Ad ogni modo, una prima organizzazione sistematica (e ‘accentrata’) del *judiciary* si ebbe già con la creazione delle *Courts of vice-admiralty*, esistenti sin dal 1696 al fine di decidere controversie inerenti al commercio marittimo⁵²³. L’ideazione di queste Corti si rese necessaria dal momento che il diritto inglese veniva spesso disatteso dalle preesistenti istituzioni deputate a dirimere tali controversie⁵²⁴. Vi si pose rimedio attraverso l’istituzione di undici *vice-admiralty districts*, al cui interno le Corti competenti per territorio venivano formate sulla base di *appointments* spettanti ai Governatori coloniali, con l’approvazione della *High Court of Admiralty* in Inghilterra.

La tendenziale sovrapposizione di competenze tra *vice-admiralty tribunals* e *courts of common law* portò però alla luce un ‘insieme giuridico’ che affiancava, da un lato, un sistema di Corti *Crown-established* e, dall’altro, degli organi giudiziari propri degli ordinamenti coloniali: si tratta di un meccanismo, a ben vedere, che sembra anticipare i rapporti (e le conflittualità) propri del *federal judiciary* del costituzionalismo statunitense, nonché la ricerca di un centro per la loro risoluzione.

⁵²² *Ibidem*, pp. 56-57. V. anche R.J. STEAMER, *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, in *Political Science Quarterly*, 77, 4, 1962, p. 550: «Not atypical is Massachusetts Bay where from 1629 until 1635 the Governor and the Assistants acted as legislators, magistrates and judges, and until 1660 the General Court of Massachusetts acted as a legislature, as a court of appeals, and even as a criminal court. ... In all of the colonies, New England, Middle and South, including New York with its Dutch beginnings, any meaningful separation of powers was virtually unknown until the late seventeenth century when the concept took rudimentary form».

⁵²³ V. C.M. ANDREWS, *The Colonial Period of American History*, IV, Yale University Press, New Haven, 1934, pp. 221 ss.; C. UBBELOHDE, *The Vice-Admiralty Courts and the American Revolution*, Omohundo Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, 2012.

⁵²⁴ *Common law Courts, Governor, Council*, o altri organi competenti a seconda del luogo.

Tuttavia, la più evidente anticipazione del *judicial review* statunitense – nonché delle sue logiche accentrate in capo alla Corte Suprema – risiede nella gestazione coloniale del sistema di *appeals*.

I meccanismi procedurali del *common law*, in tal senso, affondano le proprie radici nel diritto romano, nel diritto canonico e nel diritto germanico, e trovano applicazione nel momento in cui il diritto inglese cominciò a separare *finding of facts* da *questions of law*, dandosi vita all'applicazione delle seconde sulle risultanze dei primi⁵²⁵.

Durante il periodo coloniale nordamericano, erano in vigore in Inghilterra cinque tipi di revisione giudiziale:

«(1) review of trials at circuit by the common law courts; (2) writs of error in Parliament (House of Lords) to review judgements of the King's Bench and Exchequer Chamber; (3) writs of certiorari to remove a case pending before an inferior court to a superior court of common law; (4) appeals from the ecclesiastical courts and admiralty; and (5) appeals in Parliament from chancery and to the Privy Council from courts of the colonies»⁵²⁶.

Le *appellate procedures* cominciarono però a trovare un'organica sistemazione e, soprattutto, uniformità applicativa nel territorio nordamericano unicamente a partire dal XXVIII secolo: utilizzando il *King's Bench* come modello e sulla scorta di *common law practices*, si cominciò così a standardizzare il rito dell'impugnazione verso una Corte gerarchicamente superiore⁵²⁷. Quel che deve essere osservato fin da subito, dunque, è il fatto che i concetti di *appellate jurisdiction* e *final court of appeals* rappresentavano qualcosa di cui la mentalità e la prassi giuridica dei *Framers* erano già (per quanto implicitamente) imbevute da tempo.

⁵²⁵ V. R. POUND, *Appellate Procedure in Civil Cases*, Little, Brown and Company, Boston, 1941, p. 9 ss.

⁵²⁶ R.J. STEAMER, *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, cit., pp. 554-555.

⁵²⁷ Cfr. R. POUND, *Appellate Procedure in Civil Cases*, cit., p. 72.

In particolare, poi, sono state le relazioni ‘costituzionali’ tra Colonie e Corona – e dunque, gli appelli provenienti dai governi locali e rivolti verso gli organi centrali dell’Impero britannico – a costituire un importante precedente per i meccanismi accentrati di *judicial review of legislation*.

Gli atti posti in essere dai legislativi coloniali potevano essere sottoposti a revisione in diversi modi⁵²⁸. In primo luogo, essi potevano essere sanzionati (*disallowed*) attraverso una richiesta al *King in Council*, la cui decisione veniva resa sulla base di un parere del *Board of Lords Committee*, il quale ultimo faceva riferimento al *Privy Council*⁵²⁹. In secondo luogo, viene invece il c.d. *judicial annulment*, procedura che poneva però differenti problematiche: suo tramite, il *Privy Council* si pronunciava infatti in funzione di appello in tutti quei casi nei quali una decisione in senso negativo avrebbe comportato una dichiarazione di *nullity* dell’atto giuridico contestato.

Questa possibilità (giudiziale) di rendere *void* un atto coloniale dipendeva sostanzialmente dall’applicazione dei principi del diritto inglese nei territori delle Colonie: la regola fondamentale che qualsiasi manifestazione giuridica all’interno del *Commonwealth* non potesse essere *contrary to or repugnant to the laws of England*⁵³⁰ trovava invero applicazione pratica nella costante ricerca di uniformità del diritto ‘imperiale’⁵³¹; sulla base di ciò, in altre parole,

⁵²⁸ V. G.A. WASHBURN, *Imperial Control of the Administration of Justice in the Thirteen American Colonies, 1684-1776*, Columbia University Press, New York, 1923; D.O. MCGOVNEY, *The British Privy Council’s Power to Restrain the Legislatures of Colonial America: Power to Disallow Statutes: Power to Veto*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 94, 1945, p. 59 ss.; H.J. SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, cit., p. 523 ss.

⁵²⁹ Fintanto che la decisione non veniva comunicata alla Colonia, i *disallowed acts* continuavano comunque a produrre i propri effetti. In alcuni casi, gli atti potevano però essere dichiarati *null and void ab initio*, così privando di validità tutte le azioni poste in essere in virtù di tale normativa.

⁵³⁰ V. H.J. SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, cit., p. 525 ss.

⁵³¹ Cfr. nt. 99.

il diritto locale (*rectius*, coloniale) doveva costantemente conformarsi al *common law of the land*.

Ancor prima della possibilità di ravvisare in questa attività giurisdizionale le radici del *judicial review of legislation*⁵³², la possibilità di intervento del *Privy Council* appena descritta permette di mostrare tanto l'esistenza di una doppia giurisdizione su di un singolo territorio soggetto all'applicazione di un diritto sovraordinato, quanto il radicamento del concetto che un atto contrario a quest'ultimo e gerarchicamente inferiore (*rectius*, proprio dell'ordinamento coloniale) possa essere giudizialmente invalidato da una Corte di ultima istanza.

Certamente non può essere affermato che la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America eserciti oggi funzioni giurisdizionali analoghe a quelle svolte dal *Privy Council* nell'*imperial judiciary*: allo stesso tempo, però, non si può negare che l'esercizio di *judicial review* della prima costituisca una funzione affine alla *disallowance* o all'*annulment* propri della seconda.

Come già visto nei capitoli precedenti, il *judicial review of legislation* non trovò terreno fertile nel diritto inglese, fra l'altro, prevalentemente a causa del principio della supremazia parlamentare, mentre fu invece la venuta ad esistenza di una Costituzione scritta a renderne possibile lo sviluppo negli Stati Uniti d'America⁵³³. L'Impero coloniale britannico, inoltre, non costituisce certo un esempio di sistema formalmente federale, ma un certo qual grado di relazioni tra centro e periferia possono anche qui essere considerate esistenti – sia politicamente, sia giudizialmente. Infine, nel *Commonwealth* britannico non poteva dirsi radicato il concetto di supremazia

⁵³² Aspetto per la cui analisi dettagliata si rimanda a quanto già analizzato in cap. II, § 2 e 3.

⁵³³ L'esatta relazione intercorrente tra Costituzione scritta e *common law* è quantomeno controversa in letteratura. Da un lato, si sostiene che il *common law* permane il contesto fondamentale entro il quale il testo costituzionale opera però autonomamente: cfr., ad esempio, O. DIXON, *The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation*, in *Australian Law Journal*, 31, 1957, p. 240 ss. Dall'altro, c'è chi invece vede anche il diritto costituzionale come sostanzialmente *judge-made*: v., in tal senso, D.A. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, p. 877 ss.

interpretativa del testo costituzionale in capo al potere giudiziario, ma si manifestava comunque l'esistenza di un diritto sovraordinato – il *common law* – la cui uniformità interpretativa veniva giudizialmente rinforzata a livello 'centralizzato'.

È però evidente che la discussione in merito a natura e funzioni di un 'centro giudiziario' negli Stati Uniti d'America rappresenta un argomento in grado di impattare non solamente sui meccanismi di funzionamento di tale ordinamento costituzionale – *federalism issues*, separazione dei poteri, *judicial versus legislative supremacy* –, ma come si ponga anche come discorso capace di attraversare le esperienze di diversi sistemi giuridici succedutisi nel tempo.

Il sistema procedurale di *review* in capo al *Privy Council*, ad esempio, rappresenta uno strumento che è stato utilizzato per generazioni nei rapporti 'imperiali' centro-periferia e *common law-colonial law*, rendendo improbabile l'improvvisa scomparsa di una dottrina così sviluppata in seguito all'intervenuta indipendenza statunitense⁵³⁴. Questo fattore storico, combinato con le istanze del federalismo e con una Costituzione scritta da applicare 'a preferenza' come *supreme law of the land*, fa sì che il *judicial review of legislation* in capo alla Corte Suprema sia nato e si sia affermato come strumento in grado di garantire la risoluzione di *constitutional issues* e l'uniformità applicativa del testo costituzionale.

Da questo punto di vista, pertanto, gli Stati Uniti d'America «continued to breed true to its heredity»⁵³⁵, e la Corte Suprema «was not a brand new creation but the result of centuries of Anglo-American constitutional evolution»⁵³⁶.

⁵³⁴ Cfr. *amplius* cap. II, § 2. V. altresì W.M. MEIGS, *The American Doctrine of Judicial Power, and Its Early Origin*, in *American Law Review*, 47, 1912, p. 683 ss.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 689.

⁵³⁶ R.J. STEAMER, *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, cit., pp. 568.

3. I MODELLI (ESEMPLARI), LA STORIA, LE ISTITUZIONI: L'ATTUAZIONE DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ IN ARGENTINA

Se, come visto nel § precedente, è possibile vedere i germi dell'accentramento nella prosecuzione di alcuni meccanismi processuali della tradizione giuridica inglese, tali dinamiche sembrano ancora più evidenti prendendo a riferimento l'imitazione 'di sistema' operata dall'ordinamento costituzionale argentino.

Nel diritto comparato si offrono all'analisi alcune esperienze che, pur orientandosi verso un particolare 'idealtipo' teorico⁵³⁷, manifestano, attraverso la circolazione giuridica, uno sviluppo debitore di prestiti ordinamentali esterni, in tal modo consentendo la vicinanza o addirittura la convergenza tra sistemi⁵³⁸.

L'idealtipo costituzionale statunitense, come in più luoghi esaminato, vede i propri tratti caratterizzanti in un'organizzazione politico-costituzionale basata sul federalismo, sul *balance* tra i poteri e sul riconoscimento della superiorità del potere costituente rispetto a quelli costituiti. È proprio da questi aspetti che sono derivati i corollari della preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi – fra molti, la *supremacy clause* – e dell'ammissibilità di un controllo attraverso il *judicial review of legislation*. Nel continente sudamericano l'influenza di quest'ultimo – legata alla tradizione giuridica di *common law* – si è però dovuta confrontare con una solida tradizione appartenente al sistema romano-germanico, dando così vita a soluzioni plurali ed eterogenee. In questo contesto, come già descritto⁵³⁹, l'Argentina è l'ordinamento che ha maggiormente assorbito il modello disegnato dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 (e sagomato dalla successiva giurisprudenza interpretativa della Corte Suprema).

⁵³⁷ Cfr. nt. 19.

⁵³⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, in *Revista pensamiento constitucional*, Pontificia Universidad Católica De Peru, 11, 2005, p. 19 ss.

⁵³⁹ Cfr. cap. I, § 5.

Nel processo che portò all'entrata in vigore della Costituzione storica (1853-1860), si optò infatti per un potere giudiziario federale con al vertice la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, oltre che per un controllo di costituzionalità di tipo diffuso⁵⁴⁰.

Questo *constitutional borrowing*, nel corso del tempo, ha indubbiamente posto molteplici problematiche di adattabilità giuridica e socio-culturale, dal momento che:

*«A borrowed constitution has two faces: one turned to the past, the other to the future. Doubtless both the original constitution and the copied constitution are distinct texts, and we may presume generally that only the copy is binding authority. Yet we may presume also that the borrowed constitution's framers ... had sound reasons for copying those words in particular. How, then, should one weigh the relative authority of the parent text?»*⁵⁴¹.

Inoltre, deve anche essere precisato che il ruolo della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* si è sviluppato attraverso dinamiche 'politico-costituzionali' modellate dal peculiare percorso storico argentino. Ad esempio, dopo un iniziale periodo di elevato consenso all'interno del sistema giuridico (1862-1930) la Corte andò incontro a un drastico ed evidente calo di legittimazione istituzionale, durato sino agli anni '90 del XX secolo – delegittimazione dovuta anche al ripetuto succedersi di colpi di Stato, nonché

⁵⁴⁰ La c.d. *inspección de constitucionalidad*: v., fra i molti, C.S. VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1959, p. 278 ss.; G.J. BIDART CAMPOS, *Control de constitucionalidad*, in *Manual de la Constitución reformada*, 1, Ediar, Buenos Aires, 1996. Cfr. altresì C. NINO, *On the Exercise of Judicial Review in Argentina*, in I.P. STOTZKY (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Westview Press, Boulder, 1993, pp. 316-335.

⁵⁴¹ M. GORDON, *Don't Copy me, Argentina: Constitutional Borrowing and Rhetorical Type*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 8, 2009, pp. 488-489.

all'incapacità della Corte stessa di ergersi a garante neutrale della continuità costituzionale⁵⁴².

In ogni caso, evidente è che, nella disciplina costituzionale argentina delle origini, l'idealtipo costituzionale statunitense abbia giocato un ruolo fondamentale.

Anzitutto, medesimo è il ruolo di norma 'superiore' attribuito alla Costituzione, come descritto dall'art. 31 del testo del 1853:

*«Esta Constitución, las leyes de la Confederación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación ...»*⁵⁴³.

Anche l'organizzazione del potere giudiziario è straordinariamente simile:

*«El poder judicial de la Confederación, será ejercido por una Corte Suprema de justicia ... y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación»*⁵⁴⁴.

La netta somiglianza, poi, è evidente con riferimento alle competenze proprie dello stesso potere giudiziario, posto che gli artt. 97 e 98 della Costituzione 'storica' stabiliscono rispettivamente quanto segue:

⁵⁴² V. R. GARGARELLA, *Después del diluvio: El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997)*, in *Desarrollo Económico*, 38, 149, 1998, p. 439 ss.; M. IARYCZOWER, P.T. SPILLER, M. TOMMASI, *Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998*, in *American Journal of Political Science*, 16, 4, 2002, p. 699 ss.; J.M. MILLER, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, cit., p. 80 e pp. 151-156. Nel senso del costante adattamento della Corte Suprema alle esigenze contingenti degli attori politici, si leggano, ad esempio, le seguenti emblematiche decisioni: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Partido Obrero*, 253 Fallos 133 (1962); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Palacios*, 278 Fallos 287 (1970).

⁵⁴³ In senso identico dispone l'art. 31 della Costituzione vigente (1994).

⁵⁴⁴ Disposizione rimasta sostanzialmente invariata nell'art. 108 della Costituzione vigente.

«Corrisponde a la Corte suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación, y por los tratados con las naciones extranjeras; de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los recursos de fuerza; de los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; entre una provincia y sus propios vecinos; y entre una provincia y un Estado o ciudadano extranjeros»⁵⁴⁵;

«En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, y en la decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia, la ejercerá originaria y exclusivamente»⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Anche in questo caso, la disciplina è quasi la medesima nell'art. 116 della Costituzione vigente, con l'unica difformità nel riferimento all'eccezione di cui all'*inciso* 12 dell'art. 75 della stessa Costituzione, il quale attribuisce al Congresso la competenza a «Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados».

⁵⁴⁶ Articolo invariato nell'attuale art. 117 della Costituzione, con l'unica eccezione delle controversie relative al conflitto tra poteri pubblici della medesima Provincia.

La forte analogia tra la disciplina costituzionale argentina e quella di cui agli art. III e VI della Costituzione statunitense non è casuale. L'imitazione costituzionale, infatti, ha operato coscientemente e in forma del tutto volontaria, portando addirittura ad affermare che una Corte argentina, nel decidere controversie costituzionali, può utilizzare come *authority* precedenti decisioni rese su una medesima questione da una Corte statunitense, oltre ad assumere l'interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti d'America come punto di riferimento privilegiato per l'interpretazione di quella argentina⁵⁴⁷.

I riferimenti pratici di questo *transplant* 'di sistema' nell'ordinamento costituzionale argentino delle origini sono molteplici. Un esempio può essere dato dalla pronuncia resa sul caso *Gómez*⁵⁴⁸, nel quale la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* ha espressamente dichiarato che i costituenti argentini hanno inteso imitare la Costituzione statunitense, di conseguenza 'vincolando' l'interpretazione della prima a quella della seconda⁵⁴⁹. O ancora, laddove l'utilizzo delle sentenze (costituzionali) statunitensi viene consentito per il fatto di non avere a disposizione precedenti decisionali di Corti argentine sulla specifica *constitutional issue*⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ V. A.F. GARAY, *Federalism, the Judiciary, and Constitutional Adjudication in Argentina: A Comparison with the U.S. Constitution Model*, cit., p. 173.

⁵⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gomez c/La Nación*, 2 Fallos 36 (1865).

⁵⁴⁹ Va precisato, però, che non tutti gli istituti nati nell'alveo dell'evoluzione del diritto costituzionale statunitense sono stati recepiti in quello argentino: sono degli esempi in tal senso la disciplina della *certification*, della *official immunity*, nonché alcune limitazioni giurisprudenziali in merito alla giurisdizione delle Corti federali. In dottrina, cfr. A.F. GARAY, *Federalism, the Judiciary, and Constitutional Adjudication in Argentina: A Comparison with the U.S. Constitution Model*, cit., p. 174 e ivi *sub* nt. 97.

⁵⁵⁰ Con riferimento al valore di autorità del giudicato della *Supreme Court* statunitense, si vedano Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrocarril Central Argentino c/Provincia de Santa Fe*, cit. (1897); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vila Luis y Justo y Otros c/Provincia de Córdoba*, cit. (1937). Oltre alla giurisprudenza, anche la dottrina statunitense viene ampiamente presa come punto di riferimento per l'interpretazione delle disposizioni della Costituzione argentina: v., ad esempio, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrocarriles del Estado c/Municipalidad de Salta*, 189 Fallos 308 (1941), che cita R.

Sulla base di questi presupposti, il *constitutional borrowing* argentino appena descritto è allora utile per evidenziare le dinamiche di accentramento della giustizia costituzionale statunitense. In particolare, serve allo scopo l'analisi del ruolo istituzionale svolto dalla *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, la quale, 'a imitazione' della *Supreme Court* statunitense, è stata pensata come Corte di vertice della gerarchia giudiziaria federale, così elevandosi a interprete privilegiato del significato della Costituzione.

Nello sviluppo storico di tale sistema di giustizia costituzionale⁵⁵¹, l'attività della Corte argentina è stata accompagnata da due prevalenti impostazioni teoriche.

Da un lato, la Corte ha riconosciuto essa stessa l'esistenza del principio di separazione dei poteri, in tal modo garantendo ai diversi attori istituzionali una competenza nell'armonico sviluppo dell'interpretazione della Costituzione⁵⁵². Fintanto che l'ordinamento argentino ha mantenuto i caratteri di democraticità (dal 1862 a metà degli anni '40 del XX secolo), corrisponde allora al vero che la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* si è sempre elevata a garante della Costituzione. Questo ruolo è stato possibile soprattutto grazie a un'attività decisionale lontana dalla strumentalizzazione del testo costituzionale per finalità 'politiche': le controversie costituzionali, in tal modo, hanno potuto essere decise da un arbitro neutrale⁵⁵³,

ROBERTSON, F. KIRKHAM, *Jurisdiction of the Supreme Court of the United States*; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Costa c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Otros*, 310 Fallos 508 (1987), che cita L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*.

⁵⁵¹ Almeno sino alla procedura di *impeachment* che nel 1947 ha travolto la quasi totalità dei componenti dell'organo e, di conseguenza, la sua attività decisionale: cfr. J.M. MILLER, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, cit., p. 162.

⁵⁵² Cfr., ad esempio, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta c/Nación Argentina*, 313 Fallos 1513 (1990).

⁵⁵³ V. J.M. MILLER, *Courts and the Creation of A "Spirit of Moderation". Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, 20, 1997, p. 231 ss.

analogamente a quanto occorso negli Stati Uniti d'America attraverso l'opera interpretativa della *Supreme Court*.

Dall'altro lato, alla Corte è stato temporaneamente riconosciuto un potere astrattamente illimitato di interpretazione del testo costituzionale, anche al di là dei limiti espressamente previsti nella Costituzione stessa⁵⁵⁴. È questo il caso dell'attività decisionale della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* resa successivamente al 1947, dove l'interpretazione della Costituzione è stata frequentemente piegata (in senso antidemocratico) in favore di esigenze politiche contingenti⁵⁵⁵.

L'instabilità politico-costituzionale dell'Argentina, dunque, si è ripercossa anche sul ruolo di 'giudice costituzionale' svolto dalla Corte. Gli Stati Uniti d'America, sotto questo profilo, hanno chiaramente originato un'esperienza radicalmente diversa, posto che – all'interno di una continuità democratica – hanno potuto beneficiare del ruolo svolto da una «carismatic yet cautious Supreme Court», la quale «was essential for legitimizing a broad interpretation of the powers of the federal government and limiting the powers of the states»⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ A. ORGAZ, *Poder Judicial*, in AA.VV., *Argentina, 1930-1960*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1962, p. 124; M.C. SEGHESSO DE LOPEZ ARAGÓN, *Génesis Histórico del Poder Judicial Argentino (1810-1853)*, in D. PÉREZ GUILHOU, *El Poder Judicial: órgano político y estamental*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 1-10.

⁵⁵⁵ Parla correttamente di «limits on judicial review» R.B. CHAVEZ, *The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System*, in *Journal of Latin American Studies*, 36, 3, 2004, pp. 461-462. La 'delegittimazione' della Corte è stata comunque evidente anche dopo la riconquista democratica del 1983 e sino agli anni '90 del XX secolo, esplodendo infine al momento della profonda crisi istituzionale maturata negli anni 2001-2002, che ha portato alle radicali riforme iniziate nel 2003 e relative a composizione e competenze della *Corte Suprema*: *ex multis*, su questo ultimo aspetto, A.M. RUIBAL, *Self-Restraint in Search of Legitimacy: The Reform of the Argentine Supreme Court*, in *Latin American Politics and Society*, 51, 3, 2009, pp. 76-77.

⁵⁵⁶ J.M. MILLER, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, cit. p. 167.

Pur essendo differente la «charismatic authority»⁵⁵⁷ delle rispettive Corti di vertice federali, l'imitazione dell'idealtipo costituzionale ha avvicinato (alcune del)le problematiche che hanno dato vita al controllo di costituzionalità negli ordinamenti statunitense e argentino.

È evidente che l'imitazione del modello esemplare di giustizia costituzionale a scrutinio diffuso abbia riprodotto le stesse dinamiche riprodotte nel modello imitato: vale a dire, la restituzione di un sistema a tratti fortemente accentrati. Accettando l'impostazione iniziale di un controllo di costituzionalità di tipo diffuso, il modello argentino ha dato vita a un modello istituzionale nel quale la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* si erge a 'giudice costituzionale', in grado di rendere l'interpretazione privilegiata (e 'di sistema') della Costituzione.

Viene da chiedersi, pertanto, quale delle caratteristiche imitate possa essere in grado di correttamente definire (e classificare) il modello di giustizia costituzionale statunitense: in particolare, se sia effettivamente la diffusione del controllo l'elemento *determinante* del *modello esemplare* statunitense di giustizia costituzionale.

L'imitazione dell'organizzazione giudiziaria federale, della preminenza della Costituzione sulle altre fonti giuridiche e della creazione di una Corte di vertice a garanzia dell'uniforme interpretazione del testo costituzionale, infatti, sembrano circostanze che, analizzate complessivamente, appaiono anch'esse *determinanti* per un ripensamento in senso 'accentrato' della classificazione tradizionale della giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America.

⁵⁵⁷ *Ibidem.*

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN E PROCESSO COSTITUZIONALE: L'IMITAZIONE DI UNA CORTE 'COSTITUZIONALE' IN UN SISTEMA A CONTROLLO DIFFUSO

L'imitazione del testo normativo, come visto, depone nel senso dell'avvicinamento dei sistemi di giustizia costituzionale qualificabili come modello (statunitense) imitato e modello (argentino) imitatore.

Oltre che sotto il profilo *istituzionale*, anche in questo caso alcuni strumenti *processuali* propri della *inspección de constitucionalidad* possono condurre all'evidenza dell'imitazione di un modello dai forti tratti accentrati.

Nella Costituzione argentina, le basi per lo scrutinio di costituzionalità sono poste dai già menzionati artt. 31 e 97 della Costituzione del 1853 (poi riprodotti – il secondo con una leggera modifica⁵⁵⁸ – negli artt. 31 e 116 della Costituzione del 1994).

In applicazione di queste disposizioni, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* ha quasi da subito affermato la propria autorità ad esercitare il controllo di costituzionalità degli atti normativi, ponendosi così quale garante dell'ordinamento costituzionale.

Nel 1863, la Corte dichiarò incostituzionale un decreto esecutivo presidenziale sulla base del fatto che il Presidente non fosse considerato dotato di competenze giudiziali⁵⁵⁹. L'anno successivo, affermò il proprio potere di revisionare la costituzionalità di tutte le decisioni rese da Corti inferiori⁵⁶⁰. Nel 1887, stabilì – analogamente a quanto accaduto negli Stati Uniti d'America con la nota decisione sul caso *Marbury v. Madison* – che il Congresso non potesse alterare la giurisdizione costituzionale attribuita dalla Costituzione alla stessa *Corte Suprema de Justicia de la Nación*⁵⁶¹.

La Corte continuò poi ad esercitare le proprie funzioni di giudice costituzionale anche in seguito al colpo di Stato militare del 1943, provando inizialmente a limitare l'accentramento del potere in capo al nuovo esecutivo

⁵⁵⁸ Cfr. nt. 545.

⁵⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rios*, 1 Fallos 32 (1863).

⁵⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Calvete*, 1 Fallos 340 (1864).

⁵⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sojo*, 32 Fallos 120 (1887).

autoritario⁵⁶². Questa circostanza portò però ad una sempre più evidente compressione ‘politica’ dell’autonomia della Corte, dando vita a una fase di forti limitazioni nell’attività interpretativa (giudiziale) della Costituzione, durata sino alla riconquista della democrazia nel 1983⁵⁶³.

È emblematico che i primi casi di intervento ‘costituzionale’ sopra menzionati facciano riferimento a tematiche istituzionali che si è già avuto modo di tratteggiare nel § precedente: la divisione dei poteri, il ruolo di vertice della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* nella gerarchia del potere giudiziario, la garanzia data dalla Costituzione scritta.

Un caso che merita maggiore attenzione per comprendere la ricercata ‘imitazione processuale’ del modello di giustizia costituzionale statunitense, inoltre, è la possibile replicabilità dei meccanismi operativi della dottrina di *stare decisis*. In tal modo, è possibile interrogarsi sulla portata ‘esterna’ di uno degli strumenti procedurali maggiormente caratterizzanti l’esperienza della giustizia (costituzionale) statunitense. Si andrà così a verificare se la diffusione del controllo – che assume rilievo soprattutto nelle relazioni di ‘vincolatività costituzionale verticale’ tra le decisioni delle diverse Corti – possa essere o meno l’elemento che viene inteso come caratterizzante nel processo imitativo in esame: se sia, in sostanza, elemento *determinante*.

Va preliminarmente ricordato che, in seguito alla dichiarazione d’indipendenza dalla Spagna (1816), la cultura giuridica argentina ha continuato a identificarsi nella tradizione di *civil law*. In questa famiglia, la

⁵⁶² Ad esempio, affermando che il governo militare non poteva creare nuovi tribunali per decreto; oppure, dichiarando incostituzionale la rimozione unilaterale di un giudice federale effettuata dall’esecutivo. In dottrina, v. L. KARST, K.S. ROSENN, *Law and Development in Latin America: A Case Book*, University of California Press, Berkeley, 1975, pp. 196-198.

⁵⁶³ Il caso più eclatante fu la procedura di *impeachment* di quattro giudici della *Corte Suprema* portata avanti dal Presidente Perón nel 1947, momento dopo il quale divenne chiaro che la Corte non avrebbe più potuto discostarsi dall’essere un organo strumentale del potere esecutivo. V. R.B. CHAVEZ, *The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System*, cit., pp. 461-462.

giurisprudenza non costituisce fonte del diritto, attribuendosi alle decisioni dei giudici un valore meramente persuasivo e non vincolante⁵⁶⁴.

Ciò nonostante, l'Argentina ha dimostrato un differente approccio al valore del precedente giudiziale, a causa – principalmente – dalla già descritta scelta imitativa del costituzionalismo statunitense.

Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione storica, il meccanismo di *stare decisis* (costituzionale) è stato inizialmente utilizzato quasi meccanicamente, utilizzando i precedenti statunitensi come metodo interpretativo delle disposizioni costituzionali simili. Già da questo primo aspetto è possibile vedere come la recezione del modello esemplare sia una recezione di un modello accentrato: i precedenti costituzionali statunitensi imitati, infatti, sono unicamente quelli della *Supreme Court*, ritenuta la sola Corte in grado di rendere l'interpretazione autorevole della Costituzione.

Una volta formatasi una più corposa giurisprudenza costituzionale 'autoctona', la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* seguì poi a utilizzare comunque il principio di *stare decisis*, questa volta prendendo a riferimento i propri precedenti⁵⁶⁵. Un caso emblematico, in tal senso, è rappresentato da *Baretta c/Provincia de Córdoba*⁵⁶⁶, nel quale la Corte ha stabilito che diverrebbe estremamente inconveniente per la comunità giuridica argentina se i precedenti – qualora non resi *per incuriam*⁵⁶⁷ – non fossero considerati vincolanti.

⁵⁶⁴ *Ex multis*, v. P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 167-168.

⁵⁶⁵ Va comunque precisato che l'esperienza dell'ordinamento argentino pone alcuni problemi peculiari a causa del lungo periodo istituzionale antidemocratico, il quale inevitabilmente ha coinvolto anche l'autorità e la legittimazione della *Corte Suprema*. Per quanto esuli dalla presente analisi, parlare di vincolatività di un precedente reso da una Corte ('costituzionale') nominata da un esecutivo *de facto* può apparire per certi versi incostituzionale *ex se*.

⁵⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 183 Fallos 409 (1939).

⁵⁶⁷ Si osserva che la Corte non entra però nel merito della questione relativa a cosa intenda per precedenti errati. Cfr. A.F. GARAY, *Federalism, the Judiciary, and Constitutional Adjudication in Argentina: A Comparison with the U.S. Constitution Model*, cit., p. 188: «In cases where the Argentine Supreme Court has decided to move away from controlling

Ancora più rilevante è però l'efficacia che assume il c.d. precedente (costituzionale) verticale⁵⁶⁸. A questo proposito, vengono in rilievo diversi casi che fanno concreta applicazione del principio caratterizzante l'accentramento della giustizia costituzionale statunitense in capo alla *Supreme Court*: il valore privilegiato dell'interpretazione costituzionale resa dalla Corte di vertice federale.

Un primo esempio è dato dal caso *Videla c/García Aguilera*⁵⁶⁹, in cui si afferma che le Corti federali devono conformare le proprie decisioni a quelle rese dalla *Corte Suprema de Justicia de la Nación*; o ancora, rilevante è la decisione resa sul caso *Cerámica San Lorenzo*⁵⁷⁰, nel quale viene espressamente stabilito che una Corte inferiore, qualora intenda discostarsi da un precedente reso dalla Corte federale di vertice, lo può fare solamente se in grado di indicare un'adeguata motivazione giuridicamente efficace.

Quel che si intende mettere in rilievo, dunque, è il fatto che il *legal transplant* costituzionale già più volte richiamato ha permesso di introdurre in Argentina quelli che sono i tratti caratterizzanti della giustizia costituzionale statunitense.

Imitando la Costituzione statunitense, in altre parole, quella argentina ha dato vita a una serie di dinamiche istituzionali e processuali fondate su quelli che sono i tratti *reali* degli istituti giuridici. La *teoria*, così, è stata messa in *pratica*, e ciò che ha replicato è un modello caratterizzato dalla presenza di un forte accentramento delle questioni di costituzionalità in capo a una Corte 'costituzionale' che si erge chiaramente a *final interpreter of the Constitution*.

precedents, the apparent ground for such deviation was either a new majority on the Court or changing conditions (*e.g.*, legal, social, political, and economic). A less plausible ground may have been the Court's lack of familiarity with the enormous quantity of prior decisions»; l'A. rimanda, sul punto, a Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Horta c/Harguindeguy*, 137 Fallos 47 (1922); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Avico c/de la Pesa*, 172 Fallos 21 (1935); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Kot*, 241 Fallos 291 (1958).

⁵⁶⁸ Cfr. cap. IV, § 1.

⁵⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, cit.

⁵⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, cit.

5. (SEGUE) *THE FINAL INTERPRETER OF THE CONSTITUTION*

Quanto indicato in conclusione del § precedente è supportato dal fatto che la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* si è dichiarata sin dal principio l'interprete autentico (e finale) del testo costituzionale: «La Suprema Corte es el intérprete final da la Constitucion»⁵⁷¹.

Il ruolo di *final interpreter* della Costituzione è del resto supportato dall'art. 31 della Costituzione⁵⁷²; unito alla tendenziale recezione dei meccanismi di *stare decisis*, ciò attribuisce alla Corte un chiaro ruolo di giudice 'costituzionale' accentrato.

Quando la Corte decide un caso e stabilisce un principio costituzionale, la sua interpretazione è allora da intendersi 'finale' non solo per la controversia in esame, ma anche per i casi successivi, divenendo di conseguenza una pronuncia avente effetti *erga omnes*⁵⁷³.

Un chiaro esempio (processuale) di questo 'accentramento' interpretativo in capo alla *Corte Suprema de Justicia de la Nación* è dato, ad esempio, dalla creazione giurisprudenziale del ricorso *per saltum*, meccanismo grazie al quale la Corte può assumere su di sé la giurisdizione di un caso pendente dinanzi a una Corte inferiore, senza la possibilità che vi siano rimedi d'appello intermedi⁵⁷⁴.

Negli ultimi anni, inoltre, una parte della produzione giurisprudenziale della Corte pare supportare questa tesi, nel senso cioè di un esercizio più intenso, e

⁵⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Calvete*, cit.

⁵⁷² Cfr. nt. 543.

⁵⁷³ Cfr. cap. IV, § 1.

⁵⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Dromi*, 313 Fallos 863 (1990). È da sottolineare che la Corte Suprema, nella creazione di tale procedura, abbia fatto riferimento ancora una volta al modello statunitense, e in particolare all'attività decisionale della *Supreme Court*, la quale avrebbe ideato un meccanismo simile; vengono citate, a tal fine, Supreme Court of the United States, *The Three Friends*, 166 U.S. 1 (1897) e Supreme Court of the United States, *Forsyth v. Hammond*, 166 U.S. 506 (1897). In senso critico alla correttezza della decisione della *Corte Suprema*, v. però J.M. MILLER, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, cit., pp. 881-882.

per certi versi accentrato, del controllo di costituzionalità nell'ordinamento argentino.

Un esempio è dato dalla decisione sul caso *Mignone*⁵⁷⁵, relativa all'incostituzionalità dell'art. 3, *inciso d*, del *Código Electoral* argentino. Questa disposizione vietava il suffragio dei soggetti processati ma non condannati, in aperta contraddizione con quanto contenuto nel paragrafo secondo dell'art. 23 della *Convención Americana de Derechos Humanos*, la quale circoscriveva invece detto divieto solamente nei confronti di coloro i quali fossero stati condannati in via definitiva.

In seguito alla presentazione di un *recurso de amparo*, la prima Corte nel circuito giudiziario federale rigettò la domanda di incostituzionalità. Successivamente all'impugnazione di quest'ultima decisione, la *Cámara Nacional Electoral* recepì invece la dedotta incostituzionalità della norma: tuttavia, il giudice, nell'accogliere la domanda, modulò tale dichiarazione subordinandone l'effettività al volere degli organi politici statali, ai quali incombeva l'onere della regolamentazione pertinente per espungere dall'ordinamento positivo la violazione riscontrata⁵⁷⁶.

Sull'assunto secondo il quale il diritto così riconosciuto non veniva riconosciuto come effettivo (in quanto demandato a una successiva attuazione per via legislativa), venne presentato un ricorso straordinario alla *Corte Suprema de Justicia de la Nación*.

Il valore della decisione, più che per le particolari implicazioni processuali, risiede nella ricaduta sull'essenza del controllo di costituzionalità argentino – un tipo controllo, si ricorda, *teoricamente* diffuso, concreto ed eventuale.

Tradizionalmente, infatti, il controllo di costituzionalità argentino, 'debitore' del modello esemplare statunitense, ha sempre avuto come caratteristica sia la portata federale, sia la riconducibilità *inter partes* degli effetti della decisione.

⁵⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, cit.

⁵⁷⁶ V. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 17 ss.

La decisione richiamata, invece, manifesta chiaramente una vocazione espansiva della sentenza dichiarativa di incostituzionalità, posto che la Corte ha esortato gli organi politici competenti ad implementare in un dato termine il diritto riconosciuto in via giudiziale, a tutta evidenza dilatandosi la portata dell'effettività di tale dichiarazione, secondo uno schema tipico – l'efficacia *erga omnes* – ‘preso a prestito’ dalle decisioni delle Corti costituzionali.

La rilevanza della pronuncia risiede anche nella circostanza per cui è sempre stato poco frequente, nella giurisprudenza costituzionale argentina, ravvisare decisioni che invitassero il legislatore (o comunque il potere politico) a realizzare una condotta allocata nell'orbita delle sue competenze funzionali. Nel *dictum* di tale pronuncia la Corte, pur senza invasioni di competenze, ha invece inteso riaffermare sé stessa quale potere dello Stato, andando oltre al mero dato del giudice come ‘bocca della legge’⁵⁷⁷.

Analogamente a quanto avviene nel sistema statunitense, il *balance* derivante dalla decisione richiamata è però da riscontrarsi nella tutela della *Costituzione in senso materiale*, equilibrio tale per cui la Corte, lungi dall'inadare prerogative riservate ad altri poteri, rimette le proprie decisioni nell'alveo di un *consent* ‘costituzionale’ del quale la Corte non è altro che il soggetto competente a difenderne l'eventuale violazione.

Il carattere ‘costituzionale’ della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* diviene evidente anche in tempi più recenti, in seguito al vasto programma di riforme che ne ha investito composizione e competenze⁵⁷⁸. Da questo momento in poi, infatti, la Corte ha iniziato a intervenire sempre più attivamente in tematiche inerenti *politics* costituzionali, analogamente a quanto accade nell'attività decisionale della *Supreme Court* statunitense⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ A.M. RUIBAL, *Innovative Judicial Procedures and Redefinition of the Institutional Role of the Argentine Supreme Court*, in *Latin American Research Review*, 47, 3, 2012, p. 22 ss.

⁵⁷⁸ *Ex multis*, D. BRINKS, *Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millenium?*, in *Texas International Law Journal*, 40, 2005, p. 595 ss.

⁵⁷⁹ V. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky*, 328 Fallos 1146 (2005), in tema di diritti carcerario; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Badaro c/Anses*, 329 Fallos 3089 (2006), in tema di diritto previdenziale; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mendoza*

Attraverso queste pronunce la Corte ha iniziato ad intervenire in *constitutional issues* di rilievo, stabilendo obblighi anche nei confronti dei diversi poteri. Questo (nuovo) tipo di approccio ha sicuramente avuto un'importante ripercussione sul ruolo istituzionale della Corte, dotandola sempre più di quell'impostazione 'costituzionale' in grado di differenziarne l'interpretazione da quella resa da giudici di livello inferiore.

L'imitazione del modello esemplare di giustizia costituzionale statunitense, dunque, sembra restituire nel sistema imitatore tutti i caratteri di accentramento già evidenziati come sussistenti in quello imitato: l'attività della Corte di vertice nella risoluzione *erga omnes* di questioni giuridiche 'di sistema'; la vincolatività del precedente (costituzionale) nei confronti delle Corti inferiori; il valore, in definitiva, di *final interpreter in constitutional adjudications*.

Prendendo 'a prestito' i caratteri portanti del costituzionalismo statunitense, ecco allora come risulta possibile vedere nell'evoluzione della giustizia costituzionale argentina un livello di concentrazione (e di astrazione) tale da porre la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* – al pari della *Supreme Court* – nelle vesti di una Corte 'costituzionale'.

In ottica di ripensamento della tassonomia *mainstream*, in tal modo, diviene così possibile ripensare all'effettivo valore della diffusione del controllo quale *elemento determinante* nella classificazione tradizionale di un modello (esemplare) di giustizia costituzionale.

c/Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires y ciudad autónoma de Buenos Aires, 329 Fallos 2316 (2008), in tema di diritto ambientale.

CONCLUSIONI

Attraverso la ‘decostruzione’ del *modello esemplare*, l’analisi svolta ha permesso di rivalutare la *mainstream narrative* inerente alla tradizionale classificazione del sistema di giustizia costituzionale statunitense.

Negli Stati Uniti d’America, la titolarità del controllo delle *constitutional adjudications* in capo a tutti i giudici dell’ordinamento è un dato (processuale) di certo concreto. Ciascuno di essi ha indubbiamente la competenza a dirimere una questione di costituzionalità e, di conseguenza, a ergersi a garante della Costituzione.

Attribuire alla ‘diffusione’ il valore di *elemento determinante* per la descrizione del sistema di giustizia costituzionale statunitense, però, equivale ad analizzarlo alla stregua di un *rechtsideal*⁵⁸⁰. È evidente che il *modello* viene spiegato essenzialmente sulla base di un archetipo ideale, giustificato tramite la cristallizzazione delle parole del ‘mito’ delle origini: «[it is] the province and duty of the judicial department to say what the law is»⁵⁸¹.

Le concrete dinamiche dell’ordinamento statunitense restituiscono invece un marcato tratto ‘costituzionalmente privilegiato’ in capo alla Corte posta al vertice del *federal judiciary*, la *Supreme Court*.

Dal punto di vista strettamente normativo, l’inscindibilità della Corte dalla Costituzione la pone addirittura nella posizione di *unico* organo del potere giudiziario ‘costituzionalmente necessario’, posto che – a testo vigente – viene sottratta agli altri poteri qualsiasi disponibilità in merito a una sua dissoluzione⁵⁸².

Altresì, la Corte è l’*unico* organo cui viene attribuita la competenza a scrutinare quelle particolari controversie che coinvolgono ambiti inerenti

⁵⁸⁰ Cfr. nt. 27.

⁵⁸¹ Cfr. nt. 152.

⁵⁸² Art. III, *section* 1, U.S. Constitution: «The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish».

manifestazioni di sovranità (*rectius*, autorità costituzionale) del *federal government*: tanto verso l'esterno – «... Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls ...» –, quanto verso l'interno – «... [Cases] in which a State shall be Party ...»⁵⁸³.

La costruzione del ruolo 'costituzionale' della Corte Suprema affonda le proprie radici in più fattori. In primo luogo, sta l'influenza svolta dall'appartenenza alla tradizione giuridica di *common law*, riflessa principalmente nella prosecuzione di alcuni meccanismi decisionali propri delle Corti dell'*Imperial Judiciary* britannico. In secondo luogo, è fondamentale il preciso ruolo di garanzia che i *Framers* hanno inteso attribuire alla *Supreme Court*, riconosciuta come argine all'assolutismo dei poteri e come balance del *frame of government*.

La riflessione non si ferma però al dato storico: anche le dinamiche operative mostrano un *continuum* giuridico che depone in favore dell'accentramento del sistema di giustizia costituzionale statunitense.

Istituzionalmente, è indubbio che la *Supreme Court* – a differenza delle altre Corti – sia ammantata di una chiara veste 'politica'. Può così affiancarsi (senza sostituirsi) agli altri poteri in merito alla creazione di *constitutional politics*. Lo permettono il suo ruolo di giudice di ultima – o unica – istanza nell'esame di *constitutional adjudications*, oltre che la possibilità di ergersi a (legittimo) interprete privilegiato della Costituzione⁵⁸⁴.

Processualmente, è evidente che la Corte Suprema amplia (e le Corti inferiori le consentono di ampliare) il proprio ruolo di Corte 'semplicemente' al vertice del *federal judiciary*. Lo si può vedere nell'efficacia del precedente costituzionale reso dalla *Supreme Court*, capace di vincolare tanto i giudici inferiori, quanto l'ordinamento costituzionale *erga omnes*. Ancora, si nota nel *self-restraint* attraverso cui viene riconosciuta la non giustiziabilità delle *political questions*, la cui risoluzione viene demandata ai diversi poteri

⁵⁸³ Si tratta della *original jurisdiction* di cui all'art. III, *section 2*, U.S. Constitution.

⁵⁸⁴ Cfr. *funditus* cap. III, § 3 e 4.

costituzionali in virtù del rispetto del principio di separazione dei poteri⁵⁸⁵. Infine, si mostra nelle relazioni tra Corti attraverso la procedura di *certification*, dove la *Supreme Court* si erge ad organo in grado di garantire l'uniformità applicativa del diritto (costituzionale) federale.

La circolazione giuridica, poi, permette di analizzare l'accentramento del sistema di giustizia costituzionale statunitense attraverso il 'prestito ordinamentale' che della Costituzione degli Stati Uniti d'America viene fatto in Argentina.

Non si intende sostenere che l'ordinamento argentino si sia sviluppato al pari di quello statunitense, pena l'errore concettuale di non considerare la peculiare evoluzione delle variabili «storiche, culturali, sociali, politiche»⁵⁸⁶ che caratterizzano ciascuna esperienza giuridica. Tuttavia, è evidente che l'imitazione 'di sistema' conduce a un risultato che – istituzionalmente e processualmente – pone la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* nel ruolo di Corte 'costituzionale'.

La problematica sottesa a questo *constitutional borrowing* viene in rilievo nei seguenti termini: o l'ordinamento imitatore erra tecnicamente nell'imitare⁵⁸⁷, oppure ciò che viene concretamente imitato – un sistema che si è dimostrato essere a tratti accentrati – è qualcosa di differente da ciò che (tradizionalmente) si ritiene imitato – un sistema di giustizia costituzionale in

⁵⁸⁵ Si noti che questa auto-limitazione denota il ruolo costituzionale privilegiato della Corte Suprema anche in ciò: posto che la non giustiziabilità delle *political questions* origina sin da *Marbury* – «The province of the Court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive ... perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court» – nulla toglie, in astratto e ricorrendone le condizioni, che la Corte possa però mutare il proprio orientamento. Lo permetterebbe la ritenuta non vincolatività dei propri precedenti, principio ampiamente affermato nell'attività della *Supreme Court*.

⁵⁸⁶ Cfr. Introduzione, p. 8.

⁵⁸⁷ Circostanza che appare però da escludersi, posta la tendenziale sovrapposizione testuale del testo costituzionale argentino con quello statunitense: cfr. Cap. V, § 3, 4 e 5.

cui l'*elemento determinante* è ritenuto essere la diffusione del controllo delle questioni di costituzionalità.

Imitando il sistema giudiziario federale, la creazione di una Corte di vertice competente a decidere in ultima o unica istanza, il sistema di scrutinio diffuso delle questioni di costituzionalità, nonché il valore di *stare decisis*, si ottiene così un risultato analogo: l'accentramento del controllo di *constitutional issues*. Risultato, quest'ultimo, coerente con l'evidenza delle caratteristiche – *law in action* – proprie del sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti d'America.

La 'decostruzione' operata nella presente ricerca, dunque, muove ponendo l'attenzione sul sistema, più che sul modello, svincolando il secondo dal 'dover essere' – *rechtsideal* – e ridefinendolo sulla base del reale atteggiarsi del primo.

«Quale che sia la soluzione prescelta, ... a dare un senso alle parole della Costituzione sono sempre, alla fine, gli interpreti. E ... a interpretare la Costituzione sono le corti ...»⁵⁸⁸.

In questa prospettiva, è allora evidente che (il differente valore de) l'interpretazione resa dalla *Supreme Court* permette, nel sistema di *judicial review of legislation*, di ripensare al valore tradizionalmente attribuito al *modello esemplare* di classificazione della giustizia costituzionale statunitense.

⁵⁸⁸ L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale comparata*, cit. p. 255.

BIBLIOGRAFIA

- ALAN TARR G., “*The United States of America*”, in KINCAID J., ALAN TARR G. (eds.), *Constitutional Origin, Structure, and Change in Federal Countries*, McGill’s Queen University Press, Montreal-Kingston, 2005
- ALEXANDER L., SCHAUER F., *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 110, 1997
- ALEXANDER L., SCHAUER F., *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, in *Constitutional Commentary*, 17, 2000
- ALEXANDER L., SOLUM L.B., *Popular? Constitutionalism?*, in *Harvard Law Review*, 118, 2005
- ALFANGE D. JR., *The Supreme Court and the National Will*, Doubleday, New York, 1937
- ALFANGE D. JR., *Marbury v. Madison and Original Understanding of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom*, in *The Supreme Court Review*, University of Chicago Press, Chicago, 1993
- AMAR A.R., *America’s Constitution: A Biography*, Random House, New York, 2005
- ANDREWS C.M., *The Colonial Period of American History*, IV, Yale University Press, New Haven, 1934
- ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Il ruolo del precedente giudiziario nel common law inglese*, in VINCENTI U. (cur.), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998
- ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Stare decisis nel restante mondo di common law*, in GALGANO F. (cur.), *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 2011
- ARMINJON P., NOLDE B., WOLFF M., *Traité de droit comparé*, I, LGDJ, Paris, 1950-1952
- BAGNIS., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” costituzionali*, Clueb, Bologna, 2007

- BAGNI S., *Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive*, in *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, BUP, Bologna, 2013
- BAILYN B. (ed.), *Debate on the Constitution: Federalists and Antifederalists Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, II, Literary Classics of the United States, New York, 1993
- BAKER A.V., “So Extraordinary, So Unprecedented an Authority”: A Conceptual Reconsideration of the Singular Doctrine of Judicial Review, in *Duquesne Law Review*, 39, 2001
- BALDIN S., *Il rilievo giurisprudenziale delle funzioni sussidiarie delle corti costituzionali in Europa centrale e orientale*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 13, 2013
- BANDEIRA GALINDO G.R., *Legal Transplants Between Time and Space*, in T. DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2014
- BARBISAN B., *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2008
- BARKOW R.E., *More Supreme than Court – The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 102, 2002
- BARNETT R.E., *The Original Meaning of the Judicial Power*, in *Supreme Court Economic Review*, 12, 2004
- BASSANI L.M., *Dalla Rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America. 1776-1865*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009
- BASSANI L.M., *Nascita e sviluppo del federalismo negli Stati Uniti d’America*, in BASSANI L.M., GALLI S.B., LIVORSI F., *Da Platone a Rawls. Lineamenti di storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 2012
- BEAN R.J. JR., *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication*, in *West Virginia Law Review*, 71, 1969
- BEAUDRY J.S., *The Empire’s Sentinel: The Privy Council’s Quest to Balance Idealism and Pragmatism*, in *Birkbeck Law Review*, 15, 2013

- BEER S.H., *To Make a Nation: The Rediscovery of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, 1993
- BENTHAM J., *Fragments on Universal Grammar*, in J. BOWRING (ed.), *The Work of Jeremy Bentham*, W. Tait, Edinburgh, 1838-1843
- BERGER R., *Congress v. The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1969
- BERGER R., *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 117, 1969
- BERGER R., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1977
- BERGER R., *The Scope of Judicial Review: A Continuing Dialogue*, in *South Carolina Law Review*, 31, 1980
- BERKOVITZ D., PISTOR K., RICHARD J.F., *The Transplant Effect*, in *American Journal of Comparative Law*, 51, 2003
- BERMAN C.H.J., *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983
- BETH L.P., *The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review*, in *The American Journal of Comparative Law*, 24, 1976
- BICKEL A.M., *The durability of Colegrove v. Green*, in *Yale Law Journal*, 72, 1962
- BICKEL A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986
- BIDART CAMPOS G.J., *Control de constitucionalidad*, in *Manual de la Constitución reformada*, 1, Ediar, Buenos Aires, 1996
- BIDART CAMPOS G.J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000
- BIN R., FALCON G. (cur.), *Diritto regionale*, il Mulino, Bologna, 2012
- BLACK C.L. JR., *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, McMillan, New York, 1977
- BLACKSTONE W., SIR, *Commentaries of the laws of England*, in COOLEY T.M. (ed.), *Blackstone's Commentaries*, 1, 4th ed., Callaghan & Co., Chicago, 1889

- BOBBITT P.C., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, New York, 1982
- BOGDANOR V., *Politics and the Constitution: Essays on British Government*, Darmouth Publishing Co. Ltd., London, 1996
- BOGNETTI G., *La responsabilità per «tort» del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Giuffrè, Milano, 1963
- BOGNETTI G., *Malapportionment ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1966
- BOGNETTI G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Giappichelli, Torino, 1994
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998
- BONNARD R., *The Doctrine of Duguit on Law and State*, in *China Law Review*, 4, 6, 1930
- BORDEN M. (ed.), *The Antifederalist Papers*, Michigan State University, East Lansing, 1965
- BOUDIN L.B., *Government by Judiciary*, in *Political Science Quarterly*, 26, 1911
- BRENNAN W.J. JR., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, 90, 1977
- BRIDWELL R., *The Federal Judiciary: America's Recently Liberated Minority*, in *South Carolina Law Review*, 30, 1979
- BRIE S., *Zur Theorie des constitutionellen Staatsrechts*, Archive des öffentlichen Rechts, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Vol 4, 1889
- BRINKS D., *Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millenium?*, in *Texas International Law Journal*, 40, 2005
- BUSSANI M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010
- BUTTERFIELD L.H. (ed.), *Diary and Autobiography of John Adams*, 1, Harvard University Press, New York, 1964

- CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950
- CAPPELLETTI M., *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968
- CAPPELLETTI M., *Judicial Review in Comparative Perspective*, in *California Law Review*, 58, 1970
- CARDOZO B., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921
- CARNOTA W.F., *La mixtura del control de constitucionalidad argentino*, in *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 1/2006
- CASPER G., *Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Nonjudicial Mode*, in *University of Chicago Law Review*, 43, 1976
- CASPER G., *Guardians of the Constitution*, in *Southern California Law Review*, 53, 1980
- CASSESE S., *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009
- CASSESE S., in *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015
- CASSESE S., *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in NICOLINI M., BAGNI S. (cur.), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, I, Giappichelli, Torino, 2016
- CASSETTI L., *Una riflessione sullo stato attuale della giustizia costituzionale nelle democrazie sudamericane*, in *Focus America Latina*, 19 dicembre 2014, Federalismi.it
- CASTO W.R., *The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Hay and Oliver Ellsworth*, University of South Carolina Press, Columbia, 1995
- CHAMPLIN L., SCHWARZ A., *Political Question Doctrine and Allocation of the Foreign Affairs Power*, in *Hofstra Law Review*, 13, 1985

- CHANOS A., *Zur Gegenwartigen Bedeutung des Dogmatischen Rechtsdenkens von Georg Jellinek*, in *Rechtstheorie*, 30, 3, 1999
- CHAVEZ R.B., *The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System*, in *Journal of Latin American Studies*, 36, 3, 2004
- CHEMERINSKY E., *Interpreting the Constitution*, Praeger, New York, 1987
- CHEMERINSKY E., *Federal Jurisdiction*, 7th ed., Wolters Kluwer, New York, 2016
- CHOPER J.H., *The Scope of National Power Vis-à-Vis the States: The Dispensability of Judicial Review*, in *Yale Law Review*, 86, 1977
- CHOPER J.H., *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of Court in American Life*, Chicago University Press, Chicago, 1980
- CLARK B.R., *Ascertaining the Laws of the Several States: Positivism and Judicial Federalism After Erie*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 1997
- CLARK T.C., *Constitutional Adjudication and the Supreme Court*, in *Drake Law Review*, 9, 1960
- CLARK T.S., LAX J.R., RICE D., *Measuring the Political Salience of Supreme Court Cases*, in *Journal of Law and Courts*, 3, 2015
- COLBY P.L., *Two Views on the Legitimacy of Nonacquiescence in Judicial Opinions*, in *Tulane Law Review*, 61, 1987
- CONSTANTINESCO J.L., *Traité de droit comparé*, 2, *La Méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974
- CONSTANTINESCO J.L., *Introduzione al diritto comparato* in PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., FAVALE R. (cur.), Giappichelli, Torino, 1996
- COOKE J.E. (ed.), *The Federalist*, Wesleyan University Press, Middletown, 1961
- COOLEY T.M., *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 8th ed., Little, Brown & Co., Boston, 1927
- CORWIN E.S., *The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress*, in *Michigan Law Review*, 4, 1906

- CORWIN E.S., *The Establishment of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 9, 2, 1910-1911
- CORWIN E.S., *The Doctrine of Judicial Review. Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Princeton University Press, Princeton, 1914
- CORWIN E.S., *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, XLII, 2, 1928
- CORWIN E.S., *Natural Law and Constitutional Law*, in *Natural Law Institute Proceedings*, 3, 1950
- COVINGTON H.C., *American Doctrine of Stare Decisis*, in *Texas Law Review*, 24, 1946
- COXE B., *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, Kay & Brother, Philadelphia, 1893
- CRANE J.A., *Natural Law in the United States*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 6, 3, 1940
- CRISTÓBAL R.S., *El federalismo judicial estadounidense*, in *Estudios de Deusto*, 65/1, 2017, p. 301 ss.
- CROSS R., SIR, HARRIS J.W. (eds.), *Precedent in English Law*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1977
- CROSSKEY W.W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago University Press, Chicago, 1980
- CURRIE D.P., *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago, 2015
- CUSHMAN B., *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*, Oxford University Press, New York, 1998
- CUSHMAN R.E., *The Supreme Court and the Constitution*, in HAINES COPE A., KRINSKY F. (eds.), *Franklin D. Roosevelt and the Supreme Court*, 2nd, D.C. Heath, Lexington, 1969
- DAGAN H., *Doctrinal Categories, Legal Realism, and the Rule of Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 7, 2015
- DAHL R.A., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 6, 1957

- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002
- DAVIS J.P., *How Democratic Is the Supreme Court of the United States?*, in *University of San Francisco Law Review*, 37, 2002
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, VIII ed., CEDAM, Padova, 2011
- DEWEY J., *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action. Gifford Lectures 1929*, Minton, Balch & Company, New York, 1929
- DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., Liberty Classics, Indianapolis, 1964
- DIXON O., *The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation*, in *Australian Law Journal*, 31, 1957
- DORF M., *Prediction and the Rule of Law*, in *UCLA Law Review*, 42, 1995
- DRAHOZAL C.R., *The supremacy clause: a reference guide to the United States constitution*, Westport, London, 2004
- DUGUIT L., *Traite de Droit Constitutionnell*, Gale Publisher, Farmington Hills, 2013
- DUNCAN K., *Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and State*, in *Law and History Review*, 22, 3, 2004
- DWORKIN R., *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge, 1985
- DWORKIN R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1997
- EASTERBROOK F.H., *Presidential Review*, in *Case Western Reserve Law Review*, 40, 1989-1990
- EINAUDI M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Regia Università degli studi di Torino, Torino, 1931
- ELY J.H., *Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility*, in *Indiana Law Journal*, 53, 1978

- ELY J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1981
- EPSTEIN R.A., *The Utilitarian Foundations of Natural Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 12, 1989
- EPSTEIN R.A., *The Natural Law Influences on the First Generation of American Constitutional Law: Reflections on Philip Hamburger's Law and Judicial Duty*, in *Journal of Law, Philosophy and Culture*, 6, 2011
- EPSTEIN R.A., *The Supreme Court Tackles Patent Reform: Why the Supreme Court Should End Inter Partes Review in Oil States*, in *Federalist Society Review*, 18, 2017
- EPSTEIN R.A., *The Supreme Court Tackles Patent Reform: A Series of Articles Examining Oil States Energy Services, LLC v. Greene's Energy Group, LLC*, in *Federalist Society Review*, 19, 2018
- ESMEIN A., *Le droit comparé et l'enseignement du Droit*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 17, 1893
- ESPINO C.A., *El Estado constitucional y su soberanía en un mundo globalizado*, in AA.VV., *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, I, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional et al., Lima, 2009
- FALLON R.H. JR., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 100, 1987
- FARBER D.A., *The Supreme Court and the Role of Law. Cooper v. Aaron Revisited*, in *University of Illinois Law Rev.*, 386, 1982
- FARRAND M., *Records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, New Haven, 1966
- FEHRENBACHER D., *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 1978
- FEINSTEIN I., *The Court Disposes*, Covici Friede Publisher, New York, 1937
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, in *Revista pensamiento constitucional*, Pontificia Universidad Católica De Peru, 11, 2005

FERNÁNDEZ SEGADO F., *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, III, *La justicia constitucional en América Latina y España*, Dykinson-Constitucional, Madrid, 2009

FERNÁNDEZ SEGADO F., *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, in BAGNI S. (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, BUP, Bologna, 2013

FERRARI G.F., *Le forme di controllo di costituzionalità "anomale"*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000

FIELD O.P., *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, in *Minnesota Law Review*, 8, 1924

FINKELSTEIN M., *Judicial Self-Limitation*, in *Harvard Law Review*, 37, 1924

FINKELSTEIN M., *Some Further Notes on Judicial Self-Limitation*, in *Harvard Law Review*, 39, 1926

FINLEY E., *Certification Revisited*, in *Law Library Journal*, 54, 2, 1961

FITZGIBBON R., *Argentina: A Chronology and Fact Book: 1516-1973*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1974

FORTESCUE J., SIR, *De Laudibus Legum Anglie*, 1470, CHRIMES S.B. (ed. e trad.), Cambridge University Press, Cambridge, 1949

FORTESCUE J., SIR, *On the Nature of the Law of Nature*, in LOCKWOOD S. (ed.), *On the Laws and Governance of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997

FOUNTAIN C.L., *Article III and the adequate and independent state grounds doctrine*, in *American University Law Review*, 48, 1999

FOUREZ G., *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4th ed., De Boeck Université, Bruxelles, 2002

FRANKENBERG G., *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 26, 1985

FRANKFURTER F., LANDIS J.M., *The Business of the Supreme Court at October Term, 1929*, in *Harvard Law Review*, 44, 1931

FRASER C.F., *Judicial Committee of the Privy Council: Its Development and Function*, in *Alberta Law Quarterly*, 3, 1938

- FRIED C., *The Artificial Reason of the Law: Or What Lawyers Know*, in *Texas Law Review*, 35, 1981
- FRIENDLY H.J., *Federal Jurisdiction: A General View*, Columbia University Press, New York, 1973
- FRITZ C.G., *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition Before the Civil War*, 57, Cambridge University Press, Oxford, 2007
- FULLER L.L., *American Legal Realism*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 76, 2, 1936
- FULLER WESTON M., *Political Questions*, in *Harvard Law Review*, 38, 1925
- GALLI S.B., *Jean Bodin e l'“invenzione” della sovranità*, in BASSANI L.M., GALLI S.B., LIVORSI F., *Da Platone a Rawls. Lineamenti di storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 2012
- GARAY A.F., *Federalism, the Judiciary, and Constitutional Adjudication in Argentina: A Comparison with the U.S. Constitution Model*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 22, 1991
- GARCIA BALAUDE D., *Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Estudios constitucionales*, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 1/2003
- GARGARELLA R., *Después del diluvio: El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997)*, in *Desarrollo Económico*, 38, 149, 1998
- GARNER B.A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, 11th ed., West Group, Sant Paul, 2019
- GAVET G., *Individualism and Realism*, in *The Yale Law Journal*, 29, 6, 1920
- GENTILI G., *“Sulla strada per Marbury”: il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di Marbury v. Madison*, in ORRÙ R., BONINI F., CIAMMARICONI A., *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Esi, Napoli, 2012
- GEST J.M., *The Writings of Sir Edward Coke*, in *Yale Law Journal*, 18, 7, 1909
- GIBSON J.L., CALDEIRA G.A., *Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?*, in *Law & Society Review*, 45, 1, 2011

- GILLESPIE J., *Towards a Discursive Analysis of Legal Transfers into Developing East Asia*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, 40, 2008
- GLENN H.P., *Comparative legal families and comparative legal traditions*, in REIMANN M., ZIMMERMANN M. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006
- GLENN H.P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, IV ed., il Mulino, Bologna, 2011 (orig. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4th ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2010)
- GOLDSCHMIDT J., *Certification of Questions of Law: Federalism in Practice*, American Judicature Society, Chicago, 1995
- GONZÁLEZ F., *Introduction*, in LIEBER F., *La libertad civil y el gobierno propio* (trad. di *On Civil Liberty and Self-Government*), Librería de Rosa y Bouret, París, 1871
- GOOCH R.K., *Modern French Views of the Doctrine of Separation of Powers*, in *Political Science Quarterly*, 38, 4, 1923
- GORDON M., *Don't Copy me, Argentina: Constitutional Borrowing and Rhetorical Type*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 8, 2009
- GORLA G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981
- GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991
- GRAGLIA L.A., *Creative Constitutional Interpretation as Justification for Rule by the Supreme Court*, in *Arizona State Law Journal*, 51, 2019
- GRANT J.A.C., *Judicial Control of Legislation. A Comparative Study*, in *American Journal of Comparative Law*, 3, 1954
- GRAY T.C., *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, in *Stanford Law Review*, 30, 1978
- GRAZIADEI M., *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 7, 1999
- GRAZIADEI M., *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquires in Law*, 10, 2009

GREENE J., *The Supreme Court as a Constitutional Court*, in *Harvard Law Review*, 128, 1, 2014

GREENE J.P., *Peripheries and Center: Constitutional Development in the Extended Politics of the British Empire and the United States, 1607-1788*, Norton, New York, 1986

GRIFFIN S.M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996, trad.it. *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Il Mulino, Bologna, 2003

GROSS ESPIELL H., *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro Italiano*, V, 123, 2002

GUNTHER G., *The Subtle Vices of the "Passive Virtues"—A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, in *Columbia Law Review*, 64, 1962

HAINES C.G., *Political Theories of the Supreme Court from 1789-1835*, in *American Political Science Review*, 2, 1908

HAINES C.G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley, 1932

HAMILTON W., BRADEN G.D., *The Special Competence of the Supreme Court*, in *Yale Law Journal*, 50, 1941

HARDY B.A., *Certification Before Facial Invalidation: A Return to Federalism*, in *Western New England Law Review*, 12, 1990

HARRINGTON M.P., *Judicial Review before John Marshall*, in *The George Washington Law Review*, 72, 2003

HARRISON J., *The Constitutional Origins and Implication of Judicial Review*, in *Virginia Law Review*, 84, 1998

HARRISON J., *The Political Question Doctrines*, in *American University Law Review*, 67, 2017

HARTNETT E.A., *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill*, in *Columbia Law Review*, 100, 2000

- HELMHOLZ R.H., *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of Legal Analysis*, 1, 2009
- HELMHOLZ R.H., *Judicial Review and the Law of Nature*, in *Ohio Northern University Law Review*, 39, 2013
- HENDRY I., DICKSON S., *British Overseas Territories Law*, 2nd ed., Hart, Oxford and Portland, 2018
- HENKIN L., *Is there a 'Political Question' Doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 1976
- HIGGS R., *Crisis and Leviathan: Critical Episodes in the Growth of American Government*, Oxford University Press, New York, 1987
- HOBE S., *Statehood at the End of the 20th Century – The Model of the Open State: A German Perspective*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2, 2, 1997
- HOBSON C.H., *The Negative on State Laws: James Madison, the Constitution, and the Crisis of Republican Government*, in *The William & Mary Quarterly*, 36, 1979
- HODDER-WILLIAMS R., *Litigation and Political Action: Making the Supreme Court Activist*, in WILLIAMS R. (ed.), *Explaining American Politics: Issues and Interpretations*, Routledge, London, 1990
- HODDER-WILLIAMS R., *Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court*, in *British Journal of Political Science*, 22, 1, 1992
- HODGINS T., *The Judicial Committee of the Privy Council and Colonial Judges*, in *Canadian Law Times*, 15, 1895
- HOLMES O.W., *The Common Law*, HOWE M. (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1963
- HOOKE R., *Of the Laws of Ecclesiastic Polity and Other Works by and about Richard Hooker*, J. KEBLE (ed.), Createspace Independent Publishing, 1888
- HORWITZ M.J., *The Transformation of American Law, 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, New York, 1992
- HUERTAS M.M.M., *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001

- HULL N.E.H., *Some Realism about the Llewellyn-Pound Exchange over Realism: The Newly Uncovered Private Correspondence, 1927-1931*, in *Wisconsin Law Review*, 1987
- HUNT G., BROWN SCOTTS J. (eds.), *The Debates in the Federal Convention of 1787 Which Framed the Constitution of the United States*, Oxford University Press, Oxford, 1920
- HUSA J., *A New Introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015
- HUSA J., *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018
- IARYCZOWER M., SPILLER P.T., TOMMASI M., *Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998*, in *American Journal of Political Science*, 16, 4, 2002
- IREDELL J., *Letter from James Iredell to Richard Spaight (Aug. 26, 1787)*, in MCREE G.J. (ed.), *Life and Correspondence of James Iredell*, Appleton, New York, 1, 1857
- IREDELL J., *Letter from James Iredell to the Public (1786)*, in MCREE G.J. (ed.), *Life and Correspondence of James Iredell*, Appleton, New York, 1, 1857
- JACKSON R.H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge, 1955
- JAFFE L.L., *The Right to Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958
- JALUZOT B., *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1, 2005
- JANSEN N., *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in REIMANN M., ZIMMERMANN M. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin, 1914
- JOST K., *The Supreme Court: A to Z*, SAGE, Los Angeles, 2012
- KARST L., ROSENN K.S., *Law and Development in Latin America: A Case Book*, University of California Press, Berkeley, 1975
- KAUPER P.G., *La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*, in TREVES G. (cur.), *La dottrina del precedente nella*

giurisprudenza della Corte costituzionale, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1971

KELSEN H., *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journal of Politics*, 1942

KELSEN H., *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, 1942, ora in KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981

KELSO R.R., *How the Supreme Court is Dealing with Precedents in Constitutional Cases*, in *Brooklyn Law Review*, 62, 1996

KENS P., *Lochner v. New York: Economic Regulation on Trial*, University of Kansas Press, Lawrence, 1998

KENT J., HOLMES O.W. JR. (eds.), *Commentaries on American Law*, 1, 12th ed., Little, Brown & Co, Boston, 1873

KILLENBECK M.R., *Madison, M'Culloch, and Matters of Judicial Cognizance: Some Thoughts on the Nature and Scope of Judicial Review*, in *Arkansas Law Review*, 55, 2002

KIRK R., *Natural Law and the Constitution of the United States*, in *Notre Dame Law Review*, 69, 5, 1993-1994

KLARMAN M.J., *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, in *Virginia Law Review*, 87, 2001

KLUGER R., *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Vintage, New York, 1976

KMIEC K.D., *The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"*, in *California Law Review*, 92, 5, 2004

KOSELLEK R., *"Space of Experience" and "Horizon of Expectation:" Two Historical Categories*, in KOSELLEK R. (ed.), *Futures Past: On the Semantic of Historical Time*, Columbia University Press, New York, 2004

KRAMER L.D., *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, in *Columbia Law Review*, 100, 2000

KRAMER L.D., *Foreword: We the Court*, in *Harvard Law Review*, 115, 2001

- KRAMER L.D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Cambridge, 2004
- KURKLAND P.B., *Toward a Political Supreme Court*, in *University of Chicago Law Review*, 37, 1969
- LA PERGOLA A., *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1969
- LA PERGOLA A., *Sguardo sul federalismo e suoi dintorni (Una celebre dicotomia: «Stato federale-Confederazione», la Confederazione di tipo antico e moderno, l'idea europeistica di Comunità)*, in PEGORARO L., REPOSO A. (cur.), *Lecture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*, CEDAM, Padova, 1995
- LAGRAND P., *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997
- LAMBERT E., *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour sùpreme des États-Unis*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, Paris, 1929
- LATHAM E., *The Supreme Court as a Political Institution*, in *Minnesota Law Review*, 31, 1947
- LEBEL A., *Legal Positivism and Federalism: The Certification Experience*, in *Georgia Law Review*, 19, 1985
- LEE HASKINS G., JOHNSON H.A., in HOLMES O.W., *History of the Supreme Court of the United States: Foundation of Power: John Marshall, 1801-1815*, 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1981
- LEE T.R., *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in *Vanderbilt Law Review*, 52, 1999
- LEITER B., *Constitutional Law, Moral Judgement, and the Supreme Court as Super-Legislature*, in *Hasting Law Journal*, 66, 2015
- LEITER B., *Legal Realism and Legal Doctrine*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 7, 2015
- LEUCHTENBURG W.E., *The Supreme Court Reborn*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1995

- LEVAGGI A., *La interpretación del derecho en la Argentina en el siglo XIX*, in *Revista de Historia del Derecho*, 7, 1980
- LÉVI-ULLMANN H., *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, in AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*, I, LGDJ, Paris, 1922
- LEVY L.V., *Judicial Review, History, and Democracy: an Introduction*, in LEVY L.V. (ed.), *Judicial Review and the Supreme Court*, Harper Torchbooks, New York, 1967
- LEVY L.V., *Original Intent and the Framers' Constitution*, Macmillan, New York, 1988
- LIPKIN R.J., *What's Wrong with Judicial Supremacy. What's Right with Judicial Review*, in *Widener Law Review*, 14, 1, 2008
- LLEWELLYN K.N., *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, in *Columbia Law Review*, 30, 1930
- LLEWELLYN K.N., *The Constitution as an Institution*, in *Columbia Law Review*, 34, 1934
- LLEWELLYN K.N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Brown & Co., Boston, 1960
- LOCKE J., *Essays on the Law of Nature*, VON LEYDENS W. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1954
- LOFGREN C.A., *The Origins of the Tenth Amendment: History, Sovereignty, and the Problem of Constitutional Intention*, in COLLINS R.K.L., *Constitutional Government in America*, Carolina Academic Press, Durham, 1980
- LOFGREN C.A., *The Plessy Case: A Legal-Historical Interpretation*, Oxford University Press, New York, 1988
- LORD HALDANE, *The Work for the Empire of the Judicial Committee of the Privy Council*, in *Cambridge Law Journal*, 1, 1922
- LORD NEUBERGER, *The Judicial Committee of the Privy Council in the 21st Century*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3, 2014
- LOW BLOCH S., MARCUS M., *John Marshall's Selective Use of History in Marbury v. Madison*, in *Wisconsin Law Review*, 1986

- LOWRY CLINTON R., *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 1989
- LYNCH J.M., *Negotiating the Constitution. The Earliest Debates over Original Intent*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1999
- MACE G., *The Antidemocratic Character of Judicial Review*, in *California Law Review*, 60, 4, 1972
- MACGREGOR BURNS J., *Packing the Court*, Penguin Books, New York, 2010
- MACHAJ L., *Is the United States Supreme Court an Undemocratic Institution? An Outsider's Perspective*, in *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 1-2, 2011
- MADISON J., *Vices of the Political System of the United States*, in RUTLAND R.A. (ed.), *The Papers of James Madison*, 9, University of Virginia Press, Charlottesville, 1975
- MADISON J., *Letter from James Madison to Edmund Randolph (Apr. 8, 1787)*, in R.A.RUTLAND (ed.), *The Papers of James Madison*, 9, University of Virginia Press, Charlottesville, 1975
- MADISON J., *Letter from James Madison to George Washington (Apr. 16, 1787)*, in R.A.RUTLAND (ed.), *The Papers of James Madison*, 9, University of Virginia Press, Charlottesville, 1975
- MALMSTRÖM A., *The System of Legal Systems*, in *Scandinavian Study in Law*, 13, 1969
- MANNING J.F., *Textualism and the Role of The Federalist in Constitutional Adjudication*, in *George Washington Law Review*, 66, 1998
- MARCUS M., *Is the Supreme Court a Political Institution?*, in *The George Washington Law Review*, 72, 2003
- MARRADI A., *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, II, Treccani, Roma, 1992
- MARTINEK W.L., *American Judicial Process. Myth and Reality in Law and Courts*, Routledge, New York, 2016
- MATTEI U., *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988

- MATTEI U., *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in *International Review of Law & Economics*, 14, 1994
- MATTEI U., voce *Stare decisis*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, UTET, Torino, 1996
- MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997
- MATTEI U., MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997
- MATTEI U., *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, 2003
- MATTEI U., *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2018
- MATTEUCCI N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, il Mulino, Bologna, 1996
- MCCLOSKEY R.G., *The American Supreme Court*, Chicago University Press, Chicago, 2010
- MCCORMACK W., *The Political Question Doctrine—Jurisprudentially*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 70, 1993
- MCGOVNEY D.O., *The British Origins of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Review*, 93, 1, 1944
- MCGOVNEY D.O., *The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America: Power to Disallow Statutes: Power to Veto*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 94, 1945
- MCGUIRE K.T., *The Institutionalization of the U.S. Supreme Court*, in *Political Analysis*, 12, 2, 2004
- MCILWAIN C.H., *High Court of Parliament and Its Supremacy: An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England*, Yale University Press, New Haven, 1910
- MCLAUGHLIN A.C., *A Constitutional History of the United States*, Simon & Schuster, New York, 2001
- MEIGS W.M., *The American Doctrine of Judicial Power, and Its Early Origin*, in *American Law Review*, 47, 1912

- MELVIN F.E., *The Judicial Bulwark of the Constitution*, in *American Political Science Review*, 8, 1914
- MERRILL T.W., *Originalism, Stare Decisis, and the Promotion of Judicial Restraint*, in *Constitutional Commentary*, 22, 2005
- MEZZETTI L., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in MEZZETTI L. (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, CEDAM, Padova, 2009
- MEZZETTI L., FERIOLI E., BELLETTI M., D'ORLANDO E., *La giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 2007
- MICHAELS R., *The Functional Method of Comparative Law*, in REIMANN M., ZIMMERMANN R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006
- MILLER J.M., *Courts and the Creation of A "Spirit of Moderation". Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, 20, 1997
- MILLER J.M., *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, in *Hasting International & Comparative Law Review*, 77, 1997
- MILLER J.M., *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, in *American University Law Review*, 46, 1997
- MILLER J.M., *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, in *The American Journal of Comparative Law*, 51, 4, 2003
- MILLER J.M., *Echoes from the South: Argentina's early legislative debates on U.S.-style judicial review*, in *Willamette Law Review*, 2012
- MITCHELL J.F., *Stare Decisis and Constitutional Text*, in *Michigan Law Review*, 110, 1, 2011
- MIUR WATT H., *La Function Subversive du Droit Comparé*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000

- MIUR WATT H., *Globalization and Comparative Law*, in REIMANN M., ZIMMERMANN M. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006
- MONAGHAN H.P., *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review*, 88, 1988
- MONATERI P.G., *Critique et différence: le droit comparé en Italie*, in *Revue internationale de droit comparé*, 4, 1999
- MONATERI P.G. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012
- MONATERI P.G., *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013
- MONATERI P.G., SOMMA A., *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 2016
- MONROE A.H., *The Supreme Court and the Constitution*, in *The American Political Science Review*, 18, 4, 1924
- MOORE W., VESTAL A.D., *Present and Potential Role of Certification in Federal Appellate Procedure*, in *Virginia Law Review*, 35, 1949
- MORISON E.E. (ed.), *The Letters of Theodore Roosevelt*, III, Harvard University Press, Cambridge, 1951
- MORRIS R.B., *The Forging of the Union 1781-1789*, Harper and Row, New York, 1987
- MORRISON T.W., *Stare Decisis in the Office of Legal Counsel*, in *Columbia Law Review*, 110, 2010
- MULLINS W.A., *On the Concept of Ideology in Political Science*, in *American Political Science Review*, 66, 1972
- MUNZER S.R., NICKEL J.W., *Does the Constitution Mean What It Always Meant?*, in *Columbia Law Review*, 77, 7, 1977
- MURPHY W.F., *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964
- MURPHY W.F., *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, in *The Review of Politics*, 48, 3, 1986

- MURRILL B.J., *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, Congressional Research Service Report, R45319, updated September 24, 2018
- NASH J.R., *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, in *Cornell Law Review*, 88, 2003
- NELKEN D., *Comparatists and transferability*, in LEGRAND P., MUDAY R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- NELSON C., *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, 87, 2001
- NELSON W.E., *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2000
- NICOLINI M., *I precedenti in materia processuale. Il giudizio in via principale*, in PEDRAZZA GORLERO M., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008
- NICOLINI M., *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in BUTTURINI D., NICOLINI M. (cur.), *Tipologie ed effetti delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Esi, Napoli, 2014
- NICOLINI M., "Dialogo", "tensione" e supra-majoritarian difficulty: per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato, in NICOLINI M., BUTTURINI D. (eds.), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato, I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, I, BUP, Bologna, 2017
- NICOLINI M., *Writing for the "Scholars and the Gentleman". Language, Society, and Legal Education in Blackstone's Commentaries*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 24, 2, 2018
- NINO C., *On the Exercise of Judicial Review in Argentina*, in I.P. STOTZKY (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Westview Press, Boulder, 1993
- NOGUEIRA ALCALÁ H., *Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales*, in *Revista de derecho (Valdivia)*, 14, 2003

- NUSSBAUM A., *Some Aspects of American "Legal Realism"*, in *Journal of Legal Education*, 12, 2, 1959
- OLIVETTI RASON N., *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, CEDAM, Padova, 1984
- OLIVETTI RASON N., PEGORARO L., *Esperienze federali contemporanee*, CEDAM, Padova, 1996
- ORGAZ A., *Poder Judicial*, in AA.VV., *Argentina, 1930-1960*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1962
- ORTINO S., *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994
- ÖRÜCÜ E., *Convergence and Divergence: Theroretical Issues*, in ANTOKOLSKAIA M. (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2007
- OTIS J., *Argument of James Otis, Petition of Lechmere*, in KINVIN WROTH L., ZOBEL H.B. (eds.), *Legal Papers of John Adams*, 2, Harvard University Press, Cambridge, 1965
- PACELLE R.L. JR., *The Supreme Court in a separation of powers system: the Nation's balance wheel*, Routledge, New York-London, 2015
- PALERMO F., *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F. (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- PALERMO F., NICOLINI M., *Il Bicameralismo*, Esi, Napoli, 2013
- PALICI DI SUNI E., *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2016
- PASQUINO P., *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002
- PASSANANTE L., ACQUARONE L., ANNUNZIATA F., *Sistemi giuridici nel mondo*, Giappichelli, Torino, 2012
- PAULSEN M.S., *The Most Dangerous Branch: Executive Power To Say What the Law Is*, in *Georgia Law Journal*, 83, 1994
- PAULSEN M.S., *The Irrepressible Myth of Marbury*, in *Michigan Law Review*, 101, 8, 2003
- PEDRAZZA GORLERO M., *Le fonti del diritto. Lezioni*, CEDAM, Padova, 1995

- PEDRAZZA GORLERO M., *Il patto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2012
- PEGORARO L., *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in ROMBOLI R. (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1991
- PEGORARO L., *La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIbJC)*, 6, 2002
- PEGORARO L., *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, in *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional. Proceso y Constitución*, 2, 2004
- PEGORARO L., *Elementi determinanti ed elementi fungibili nella costruzione di modelli di giustizia costituzionale*, in BALDUZZI R., CAVINO M., LUTHER J. (cur.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011
- PEGORARO L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, BUP, Bologna, 2014
- PEGORARO L., *Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 18, 2015
- PEGORARO L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019
- PEGORARO L., RINELLA A., *Introducción al derecho público comparado*, Palestra, Lima, 2006
- PÉREZ GUILHOU D., *Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857-1858)*, in *Revista de Historia del Derecho*, 10, 1983
- PETTINATO J.S., *Executing the Political Question Doctrine*, in *Northern Kentucky Law Review*, 33, 1, 2006
- PFERSMANN O., *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *RIDC*, 53, 2001
- PIERSON C.W., *State Rights and the Supreme Court*, in *Lawyer & Banker & Southern Bench & Bar Review*, 17, 1924
- PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 1982

- PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995
- PIZZORUSSO A., *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2007
- PLUCKNETT F.T., *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, 40, 1, 1926
- POCOCK J.G.A., *States, Republics, and Empires: The American Founding in Early Modern Perspective*, in BALL T., POCOCK J.G.A. (eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, 1988
- POSNER R.A., *A Political Court*, in *Harvard Law Review*, 119, 2005
- POSNER R.A., *The Supreme Court 2004 Term, Forward: A Political Court*, in *Harvard Law Review*, 119, 2005
- POSNER R.A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, 2010
- POUND R., *The Call for a Realistic Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 44, 1931
- POUND R., *Organization of Courts*, Little, Brown and Company, Boston, 1940
- POUND R., *Appellate Procedure in Civil Cases*, Little, Brown and Company, Boston, 1941
- PRAKASH S.B., *Field Office Federalism*, in *Virginia Law Review*, 1993
- PRAKASH S.B., *The Executive Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, in *The Georgetown Law Journal*, 96, 2008
- PRAKASH S.B., YOO J.C., *The Origins of Judicial Review*, in *University of Chicago Law Review*, 70, 2003
- QUINTANA S.V.L., *Comparison of the Constitutional Basis of the United States and Argentine Political Systems*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 97, 1949
- QUIROGA C., *Manual del Ciudadano*, Libreria Americana de E. Halbach, Buenos Aires, 1872
- RAKOVE J.N., *The Beginnings of National Politics: An Interpretive History of the Continental Congress*, Knopf, New York, 1979
- RAKOVE J.N., *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, A. Knopf, New York, 1996

- RAKOVE J.N., *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, in *Stanford Law Review*, 49, 5, 1997
- RANKIN G., *The Judicial Committee of the Privy Council*, in *Cambridge Law Journal*, 7, 1939
- REDISH M.H., *Judicial Review and the "Political Question"*, in *Northwestern Law Review*, 79, 1984-1985
- REID J.P., *Constitutional History of the American Revolution: The Authority to Legislate*, University of Wisconsin Press, Madison, 2003
- REINHARDT S., *The Supreme Court as a Partially Political Institution*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 17, 1994
- REPOSO A., *The Federalist, Judicial Review e Stato Federale*, in *Il Politico*, 1, 1987
- RHYS LOVELL C., *The Growth of Judicial Review in the United States*, in *Butterworths South African Law Review*, 1955
- RIDDELL W.R., *The Judicial Committee of the Privy Council*, in *The American Law Review*, 44, 1910
- RIESENFELD S.A., HAZARD J.H., *Federal Courts in Foreign Systems*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Durham, 1948
- RILES A., *Enconteuring Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism*, in RILES A. (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001
- RINELLA A., *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1997
- ROBBINS I.P., *Interstate Certification of Questions of Law: A Valuable Process in Need of Reform*, in *Judicature*, 76, 3, 1992
- ROBERTS D., *A Digest of All the Reported Decisions of the Supreme Court of the State of Vermont*, Forgotten Books, London, 2018
- ROLLA G., *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013
- ROOSEVELT K. III, KHAN H., *McCulloch v. Marbury*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 19-33*, 2019

- ROSSITER C. (ed.), *The Federalist Papers*, Mentor, New York, 1999
- ROSTI M., *Argentina*, Il Mulino, Bologna, 2011
- RUGER T.W., “*A Question which Convluses a Nation*”: *The Early Republic’s Greatest Debate About the Judicial Review Power*, in *Harvard Law Review*, 117, 2004
- RUIBAL A.M., *Self-Restraint in Search of Legitimacy: The Reform of the Argentine Supreme Court*, in *Latin American Politics and Society*, 51, 3, 2009
- RUIBAL A.M., *Innovative Judicial Procedures and Redefinition of the Institutional Role of the Argentine Supreme Court*, in *Latin American Research Review*, 47, 3, 2012
- RUIZ G., *Federalismo judicial (El modelo americano)*, Civitas, Madrid, 1994
- SACERDOTI MARIANI G., REPOSO A., PATRONO M., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d’America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Sansoni, Firenze, 1991
- SAMUEL G., *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*, in VAN HOECKE M. (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Portland, 2004
- SAMUEL G., *Taking Method Seriously (Part One)*, in *Journal of Comparative Law*, 2007
- SAMUEL G., *Taking Method Seriously (Part Two)*, in *Journal of Comparative Law*, 2, 2007
- SÁNCHEZ URRUTIA A.V., *La fuerza de la Constitucion y la Constitucion de la fuerza*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 37, 1993
- SANDSTROM SIMARD L., *Do We Still Need the Political Question Doctrine?*, in *Dickinson Law Review*, n. 100, 1996
- SAUSER-HALL G., *Fonction et méthode du droit comparé: Leçon inaugurale*, 23 octobre 1912, Imprimerie Albert Kundig, Genève, 1913
- SAWYER III L.E., *Creating Hammer v. Dagenhart*, in *William and Mary Bill of Rights Journal*, 21, 2012
- SCALIA A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997

- SCHLESINGER A., *Colonial Appeals to the Privy Council*, in *Political Science Quarterly*, 28, 1913
- SCHLESINGER R.B., *The Past and Future of Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995
- SCHLUETER A., *Judicial Federalism and Supreme Court review of State Courts decisions: a sensible balance emerges*, in *Notre Dame Law Review*, 59, 1984
- SCHUCHMAN S., *The Political Background of the Political-Question Doctrine: The Judges and the Dorr War*, in *American Journal of Legal History*, 16, 1972
- SEDLER R., *Standing, Justiciability and All That: A Behavioural Analysis*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972
- SEGALL E.J., *The Constitution Means What the Supreme Court Says It Means*, in *Harvard Law Review*, 129, 2016
- SEGHESSO DE LOPEZ ARAGÓN M.C., *Génesis Histórico del Poder Judicial Argentino (1810-1853)*, in PÉREZ GUILHOU D., *El Poder Judicial: órgano político y estamental*, Depalma, Buenos Aires, 1989
- SELYA B.M., *Certified Madness: Ask a Silly Question...*, in *Suffolk University Law Review*, 29, 1995
- SERRA M.M., *Control de constitucionalidad en Argentina. Del sistema difuso al concentrado*, in *Focus America Latina*, 19 dicembre 2014, Federalismi.it
- SFIKAS P.M., HYNDMAN C.H., *Federal Certification of Questions of State Law*, in *Chicago Bar Record*, 65, 4, 1984
- SHAPIRO M., *Supreme Court and Constitutional Adjudication: Of Politics and Neutral Principles*, in *The George Washington Law Review*, 31, 1962-1963
- SHAPIRO M., *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1981
- SHAPIRO R.A., *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, in *Cornell Law Review*, 85, 2000
- SHERRY S., *The Founders' Unwritten Constitution*, in *University of Chicago Law Review*, 54, 1987
- SHOUP E.L., *Government of the American People*, Ginn & Co., Boston, 1946

- SHRODER W.J., *The Doctrine of Stare Decisis-Its Application to Decisions Involving Constitutional Interpretation*, in *Central Law Journal*, 58, 1904
- SIEMS M., *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2018
- SIEMS M., *Malicious Legal Transplants*, in *Legal Studies*, 38, 1, 2018
- SLOVITER D.K., *A Federal Judge Views Diversity Jurisdiction Through the Lens of Federalism*, in *Virginia Law Review*, 76, 1992
- SMITH J.H., *Appeals to the Privy Council from the American Plantation*, Columbia University Press, New York, 1950
- SMITH R.M., *Constitutional Interpretation & Political Theory: American Legal Realism's Continuing Search for Standards*, in *Polity*, 15, 4, 1983
- SMITH T.K., *The Rise of Federal Judicial Supremacy in the United States. Part I*, in *The American Law Register (1898-1907)*, 46, 10, 37, 1898
- SNOWISS S., *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 1990
- SOMIN I., *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization more than State Autonomy*, in ARONEY N., KINCAID J. (eds.), *Courts in Federal Countries*, University of Toronto Press, Toronto, 2017
- SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014
- SOSIN J.M., *The Aristocracy of the Long Robe: The Origins of Judicial Review in America*, Greenwood Press, Westford, 1989
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994
- SPERTI A., *Corti supreme e conflitti tra poteri: spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005
- STEAMER R.J., *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, in *Political Science Quarterly*, 77, 4, 1962
- STEWART A., *The Irresponsibility of the Judiciary*, in *The American Law Register and Review*, 43, 6, 34, 1895
- STORING H.J. (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, 2, University of Chicago Press, Chicago, 1981

- STRAUSS D.A., *Common Law Constitutional Interpretation*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996
- STRAUSS D.A., *The Supreme Court, 2014 Term – Foreword: Does the Constitution Mean What It Says?*, in *Harvard Law Review*, 129, 2015
- STREET R.G., *How Far Questions of Policy May Enter into Judicial Decisions*, in *Reports of the American Bar Association*, 6, 1883
- TEUBNER G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 61, 1998
- THAYER J.B., *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 7, 1893-1894
- THORPE F.N., *The Constitutional History of the United States. 1765-1895*, I, Callaghan & Company, Chicago, 1901
- THURMON M.A., *When the Court Divides: Reconsidering the Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions*, in *Duke Law Journal*, 42, 17, 1992
- TIGAR M., *The Political Question Doctrine and Foreign Relations*, in *UCLA Law Review*, 17, 1970
- TIRIO F., *Il writ of certiorari davanti alla corte suprema: principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000
- TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1983
- TREANOR W.M., *Judicial Review before ‘Marbury’*, in *Stanford Law Review*, 58, 2, 2005
- TREMBLEY L.B., *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, 4, 2003
- TREMBLEY L.B., *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, in *I.CON*, 4, 2005
- TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000
- TUSHNET M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999
- TUSHNET M., *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *Yale Law Journal*, 108, 1999

- TUSHNET M., *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015
- TUSSEAU G., *Contre les «modèles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, BUP, Bologna, 2009
- TUSSEAU G., voce *Classificazioni*, in PEGORARO L. (cur.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009
- TUSSEAU G., *Oltre i «modelli» di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, in BAGNI S. (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, BUP, Bologna, 2013
- TWININGS W., *Globalisation and Comparative Law*, in *Maastricht journal of european and comparative law*, 2, 1999
- TWININGS W., *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed., 2018
- TYLER D.W., *Clarifying Departmentalism: How the Framers' Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy*, in *William and Mary Law Review*, 50, 2009
- UBBELOHDE C., *The Vice-Admiralty Courts and the American Revolution*, Omohundo Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, 2012
- VAN ALSTYNE W.W., *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, 1, 1969
- VAN HOECKE M. (ed.), *Methodology of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011
- VEDASCHI A., *La giustizia costituzionale*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F. (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- VETTER G.M. JR., *Who is Supreme: People, Court or Legislature?*, in *American Bar Association Journal*, 45, 10, 1959
- VIAMONTE C.S., *Manual de derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1959
- VIEIRA E. JR., *Rights and the United States Constitution: The Declension from Natural Law to Legal Positivism*, in *Georgia Law Review*, 13, 4, 1979

- VINING J., *Direct Judicial Review and the Doctrine of Ripeness in Administrative Law*, in *Michigan Law Review*, 1971
- VON BEYME K., *The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems*, in LANDFRIED C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation (An International Comparison)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988
- WARREN C., *Congress, the Constitution, and the Supreme Court*, Little, Brown, 1925
- WARREN C., *The First Decade of the Supreme Court of the United States*, in *University of Chicago Law Review*, 7, 1940
- WASBY S.L., *The Supreme Court in the Federal Judiciary System*, Nelson-Hall, Chicago, 1993
- WASHBURNE G.A., *Imperial Control of the Administration of Justice in the Thirteen American Colonies, 1684-1776*, Columbia University Press, New York, 1923
- WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., University of Georgia Press, Athens, 1993
- WATSON A., *Legal Transplants and Law Reform*, in *Law Quarterly Review*, 92, 1996
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th ed., Mohr, Tübingen, 1972
- WEBER M., *Economic and Society*, I, ROTH G., WITTICH C. (eds.), University of California Press, Berkeley, 1978
- WECHSLER H., *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, in *Columbia Law Review*, 54, 1954
- WECHSLER H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 73, 1, 1959
- WIGMORE J.H., *A Panorama of the World Legal Systems*, III, West Publishing, Saint Paul, 1928
- WILSON J., *Comparison of the Constitution of the United States, with That of Great Britain*, in MCCLOSKEY R.G. (ed.), *The Works of James Wilson*, 1, Harvard University Press, Cambridge, 1967

WILSON J., *Speech at the Pennsylvania Ratifying Convention*, in KAMINSKY J.P., SALADINO G.J. (eds.), *Documentary History of the Ratification of the Constitution of the United States*, 2, University of Virginia Press, Charlottesville, 1984

WINTERS J.A., *General Principles of Constitutional Adjudication: The Political Foundation of Constitutional Law*, in *William & Mary Law Review*, 10, 2, 1968

WITTHINGTON K.E., *The Reconstruction of Judicial Authority*, in WITTHINGTON K.E., *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton University Press, Princeton, 2007

WOLFE C., *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Littlefield, Adams Quality Paperbacks, 1994

WOOD D.P., *Back to the Basics of Erie*, in *Lewis & Clark Law Review*, 18, 2014

WOOD G.S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Norron & Company, New York, 1972

WOOD G.S., *Judicial Review in the Era of the Founding*, in LICHT R.A. (ed.), *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, American Enterprise Institute, Washington, 1993

WOOD G.S., *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, in *Washington & Lee Law Review*, 56, 1999

WOODARD C., *The Limits of Legal Realism: An Historical Perspective*, in *Virginia Law Review*, 54, 4, 1968

WOODFORD HOWARD J., *On the Fluidity of Judicial Choice*, in *American Political Science Review*, 62, 1968

WRIGHT B.F., *The Growth of American Constitutional Law*, Houghton Mifflin Company, Boston-New York, 1942

WRIGHT C.A., MILLER A.R., COOPER E.H., AMAR V.D., *Federal Practice and Procedure*, 3rd ed., Thomson West, Eagan, 2007

WRIGHT C.A., KANE M., *Law of Federal Courts*, West Academy Publishing, Saint Paul, 2011

YOO J.C., *The Judicial Safeguards of Federalism*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996

YORKE P.C., *The Life and Correspondence of Philip Yorke, Earl of Hardwicke, Lord High Chancellor of Great Britain*, 2, Cambridge University Press, London, 1913

ZIMMERMANN E., *Translations of the “American Model” in Nineteenth Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement*, in DUVE T. (ed.), *Entanglements in Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2014

ZWEIGERT K., KÖTZ H., *An introduction to comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, trad. it. *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, I, Giuffrè, Milano, 1998

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

STATI UNITI D'AMERICA:

Supreme Court of the United States, *Hayburn's Case*, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792)

Supreme Court of the United States, *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793)

Supreme Court of the United States, *Van Horne's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795)

Supreme Court of the United States, *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796)

Supreme Court of the United States, *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798)

Supreme Court of the United States, *Cooper v. Telfair*, 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800)

Supreme Court of the United States, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

Supreme Court of the United States, *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)

Supreme Court of the United States, *McCulloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Weath.) 316 (1819)

Supreme Court of the United States, *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Weath.) 518 (1819)

Supreme Court of the United States, *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Weath.) 264 (1821)

Supreme Court of the United States, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Weath.) 1 (1824)

Supreme Court of the United States, *Osborne v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824)

Supreme Court of the United States, *Gordon v. Ogden*, 28 U.S. (3 Pet.) 33, 34 (1830)

Supreme Court of the United States, *United States v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51, 88 (1833)

Supreme Court of the United States, *Mayor of New York v. Miln*, 36 U.S. 102 (1837)

Supreme Court of the United States, *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842)

Supreme Court of the United States, *Smith v. Turner, Norris v. Boston (Passenger Cases)*, 48 U.S. (7 How.) 282 283 (1849)

Supreme Court of the United States, *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849)

Supreme Court of the United States, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)

Supreme Court of the United States, *State of Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1868)

Supreme Court of the United States, *The Collector v. Day*, 78 U.S. 113 (1870)

Supreme Court of the United States, *Knox v. Lee*, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1870)

Supreme Court of the United States, *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162 (1874)

Supreme Court of the United States, *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875)

Supreme Court of the United States, *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601 (1895)

Supreme Court of the United States, *United States v. Rider*, 163 U.S. 132 (1896)

Supreme Court of the United States, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1897)

Supreme Court of the United States, *The Three Friends*, 166 U.S. 1 (1897)

Supreme Court of the United States, *Forsyth v. Hammond*, 166 U.S. 506 (1897)

Supreme Court of the United States, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

Supreme Court of the United States, *Keller v. United States*, 213 U.S. 138 (1909)

Supreme Court of the United States, *Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912)

Supreme Court of the United States, *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918)

Supreme Court of the United States, *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 583 (1923)

Supreme Court of the United States, *Washington v. W.C. Dawson*, 264 U.S. 219 (1924)

Supreme Court of the United States, *Home Bldg. & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934)

Supreme Court of the United States, *Monaco v. Mississippi*, 292 U.S. 313 (1934)

Supreme Court of the United States, *Fox Film Corp. v. Muller*, 296 U.S. 207 (1935)

Supreme Court of the United States, *United States v. Jones & Laughlin Steel*, 301 U.S. 1 (1937)

Supreme Court of the United States, *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937)

Supreme Court of the United States, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)

Supreme Court of the United States, *Graves v. New York*, 306 U.S. 466 (1939)

Supreme Court of the United States, *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941)

Supreme Court of the United States, *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942)

Supreme Court of the United States, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943)

Supreme Court of the United States, *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946)

Supreme Court of the United States, *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947)

Supreme Court of the United States, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 54 (1954)

Supreme Court of the United States, *Naim v. Naim*, 350 U.S. 891 (1955)

Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958)

Supreme Court of the United States, *Staub v. City of Baxley*, 355 U.S. 313 (1958)

Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Sun Ins. Office Ltd. v. Clay*, 265 F.2d 522 (5th Cir. 1959)

Supreme Court of the United States, *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960)

Supreme Court of the United States, *Clay v. Sun Insurance Office Ltd.*, 363 U.S. 207 (1960)

Supreme Court of the United States, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)

Supreme Court of the United States, *Dresner v. City of Tallahassee*, 375 U.S. 136 (1963)

Supreme Court of the United States, *Aldrich v. Aldrich*, 375 U.S. 75 (1963)

Supreme Court of the United States, *Green v. American Tobacco Co.*, 377 U.S. 943 (1964)

Supreme Court of the United States, *Comm'r v. Estate of Bosch*, 387 U.S. 456 (1967)

Supreme Court of the United States, *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968)

Supreme Court of the United States, *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969)

Supreme Court of the United States, *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970)

Supreme Court of the United States, *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971)

Supreme Court of the United States, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)

Supreme Court of the United States, *O'Brien v. Brown*, 409 U.S. 1 (1972)

Supreme Court of the United States, *Holtzman v. Schlesinger*, 414 U.S. 1304 (1973)

Supreme Court of the United States, *Scheuer v. Rhodes*, 416 U.S. 232 (1973)

Supreme Court of the United States, *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973)

United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Mitchell v. Laird*, 488 F.2d 611, 616 (1973)

Supreme Court of the United States, *Lehman Bros. v. Schein*, 416 U.S. 386 (1974)

Supreme Court of the United States, *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976)

Supreme Court of the United States, *Hortonville Joint School District No. 1 v. Hortonville Education Ass'n*, 426 U.S. 482 (1976)

Supreme Court of the United States, *California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

Supreme Court of the United States, *Texas v. New Mexico*, 462 U.S. 554 (1983)

Supreme Court of the United States, *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983)

Supreme Court of the United States, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985)

Supreme Court of the United States, *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986)

Supreme Court of the United States, *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987)

Supreme Court of the United States, *Felder v. Casey*, 487 U.S. 131 (1988)

Supreme Court of the United States, *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990)

Supreme Court of the United States, *Yellow Freight Sys., Inc. v. Donnelly*, 494 U.S. 820 (1990)

Supreme Court of the United States, *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991)

Supreme Court of the United States, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991)

Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)

Supreme Court of the United States, *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992)

Supreme Court of the United States, *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993)

Supreme Court of the United States, *United States Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995)

Supreme Court of the United States, *Sandin v. Conner*, 115 U.S. (S.Ct.) 2293 (1995)

Supreme Court of the United States, *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)

Supreme Court of the United States, *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995)

Supreme Court of the United States, *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 116 U.S. (S.Ct.) 1495 (1996)

Supreme Court of the United States, *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996)

Supreme Court of the United States, *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)

Supreme Court of the United States, *Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999)

Supreme Court of the United States, *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000)

Supreme Court of the United States, *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000)

Supreme Court of the United States, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)

U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Schneider v. Kissinger*, 412 F.3d 190 (D.C. Cir. 2005)

Supreme Court of the United States, *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880 (2008)

Supreme Court of the United States, *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009)

U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Carmichael v Kellogg Brown & Root Services, Inc.*, 572 F.3d 1271 (11th Cir. 2009)

Supreme Court of the United States, *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010)

U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Spectrum Stores, Inc. v Citgo Petroleum Corp.*, 632 F.3d 938 (5th Cir. 2011)

Supreme Court of the United States, *Shelby County v. Holder*, 133 S.Ct. 2612 (2013)

Supreme Court of the United States, *Alleyne v. United States*, 570 U.S. 99 (2013)

Supreme Court of the United States, *Windsor v. United States*, 133 S.Ct. 2675 (2013)

Supreme Court of the United States, *National Labor Relations Board v. Noel Canning*, 134 S.Ct. 2550 (2014)

Supreme Court of the United States, *State of Kansas v. States of Nebraska and Colorado*, 574 U.S. ___ (2015)

Supreme Court of the United States, *Janus v. Am. Fed. of State, County, & Mun. Employees*, 585 U.S., No. 16-1466 ___ (2018)

Supreme Court of the United States, *Rucho v. Common Cause*, No. 18-422, 588 U.S. ___ (2019)

INGHILTERRA E COMMONWEALTH BRITANNICO:

Court of Common Pleas, *Bonham's Case*, 8 Co. Rep. 114a, 118a (1610)

Massachusetts Colony Court, *Giddings v. Browne*, Rep. 2 Hutchinson Papers I (1657)

Judicial Committee of the Privy Council, *Winthrop v. Lechmere*, Connecticut, Acts of the Privy Council, Colonial Series (14 June 1727 – 22 May 1729) p.411: PC 2/90/411 (1728)

Judicial Committee of the Privy Council, *Philips v. Savage*, Massachusetts, Acts of the Privy Council, Colonial Series (1 October 1736 – 4 September 1738) p.424: PC 2/94/424 (1737)

Judicial Committee of the Privy Council, *Clark v. Tousey*, Connecticut, Acts of the Privy Council, Colonial Series (1 March 1745 – 31 July 1746) p.133[bis], 144–145, 166: PC 2/99/133[bis], 144–145, 166 (1745-1746)

Suffolk County Court, *Paxton's Case of the Writ of Assistance*, Quincy 51, 474 (1761)

Massachusetts Superior Court, *Paxton's Case Gray*, Mass. Repts., 51 469 (1761)

Judicial Committee of the Privy Council, *Camms v. Hansford and Moss*, Virginia, Acts of the Privy Council, Colonial Series (August 1766 – January 1768) p.96–97, 113: PC 2/112/96–97, 113 (1764)

General Court of Virginia, *Robin v. Hardaway*, Jefferson 109, 114 (1772)

Supreme Court of New Jersey, *Holmes v. Walton* (1780)

Virginia Court of Appeal, *Commonwealth v. Caton*, 8 Va (4 Call) 5 (1784)

New York City Mayor's Court, *Rutgers v. Waddington* (1784)

North Carolina Superior Court, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 42 (1787)

South Carolina Court, *Ham v. M'Claws*, 1 Bay 93, 96, 98 (1789)

House of Lords, *Nabob of the Carnatic v. East India Co.* – 1 Ves. Jr. 370 (1791), 2 Ves. Jr. 56 (1793)

ARGENTINA:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rios*, 1 Fallos 32 (1863)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Calvete*, 1 Fallos 340 (1864)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gomez c/Nación*, 2 Fallos 36 (1865)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Videla c/Garcia Aguilera*, 9 Fallos 53 (1870)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *de la Torre*, 19 Fallos 231 (1877)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sojo*, 32 Fallos 120 (1887)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cullen*, 53 Fallos 420 (1893)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrocarril Central Argentino c/provincia de Santa Fe*, 68 Fallos 227 (1897)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Horta c/Harguindeguy*, 137 Fallos 47 (1922)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Avico c/de la Pesa*, 172 Fallos 21 (1935)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vila Luis y Justo y Otros c/Provincia de Córdoba*, 178 Fallos 308 (1937)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baretta c/Provincia de Córdoba*, 183 Fallos 409 (1939)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrocarriles del Estado c/Municipalidad de Salta*, 189 Fallos 308 (1941)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Kot*, 241 Fallos 291 (1958)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Partido Obrero*, 253 Fallos 133 (1962)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Palacios*, 278 Fallos 287 (1970)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baeza c/Nación Argentina*, 306 Fallos 1125 (1984)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo*, 307 Fallos 1094 (1985)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Costa c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Otros*, 310 Fallos 508 (1987)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta c/Nación Argentina*, 313 Fallos 1513 (1990)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Dromi*, 313 Fallos 863 (1990)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sojo*, 32 Fallos 120 (1997)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis c/Estado Nacional*, 323 Fallos 1339 (2000)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mignone*, 325 Fallos 524 (2002)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky*, 328 Fallos 1146 (2005)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Badaro c/Anses*, 329 Fallos 3089 (2006)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mendoza c/Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires y ciudad autónoma de Buenos Aires*, 329 Fallos 2316 (2008)